



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

MATEUS OLIVEIRA TEIXEIRA

**A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO APLICADA À
ANÁLISE DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE NATUREZA CONTINUADA**

BRASÍLIA – DF

2019

MATEUS OLIVEIRA TEIXEIRA

**A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO APLICADA À
ANÁLISE DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE NATUREZA CONTINUADA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Dr. João Costa Neto

BRASÍLIA – DF

2019

Ficha catalográfica elaborada automaticamente, com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a)

OT266c OLIVEIRA TEIXEIRA, MATEUS
A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO APLICADA À
ANÁLISE DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE NATUREZA CONTINUADA / MATEUS OLIVEIRA
TEIXEIRA; orientador João Costa Ribeiro Neto. -- Brasília,
2019.
81 p.

Monografia (Graduação - DIREITO) -- Universidade de
Brasília, 2019.

1. Direito Administrativo. 2. Consensualidade. 3.
Contratos Administrativos. 4. Natureza Continuada. 5.
Reequilíbrio Econômico-financeiro. I. Ribeiro Neto, João
Costa, orient. II. Título.

MATEUS OLIVEIRA TEIXEIRA

A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO APLICADA À ANÁLISE
DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE NATUREZA CONTINUADA

Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília como requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Dr. João Costa Neto

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Examinador: Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto

Examinador: Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes

Brasília, 06 de julho de 2019.

À vó Lieta (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Aos funcionários da biblioteca Ministro Ruben Rosa, do Tribunal de Contas da União, pela presteza e dedicação com que disponibilizaram os artigos e os livros utilizados na elaboração deste texto.

Aos amigos e familiares que estiveram presentes ao longo desses cinco anos de UnB.

À minha amada esposa, presente que Brasília gentilmente reservou para mim.

A Deus, por conceder tantas graças imerecidas.

“Todo saber é saber do homem, ser histórico e contingente, pelo
que este saber só se legitima se apto a servir à humanidade”.

J. J. Calmon de Passos

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a noção de consensualidade no direito administrativo, no que tange ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada. Restringiu-se o conceito de consensualidade à concepção de concertação administrativa, que revela os métodos alternativos de resolução de conflitos aplicáveis à Administração Pública. Nesse passo, optou-se por analisar o método da negociação, a partir do exemplo retirado da gestão contratual do Tribunal de Contas da União. Ao cabo, conclui-se pela viabilidade da aplicação da consensualidade, no exemplo da negociação, quando da análise dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Consensualidade; Contratos Administrativos; Natureza Continuada; Reequilíbrio Econômico-financeiro.

ABSTRACT

The goal of this study is to analyze the consensuality in administrative law, regarding the economic and financial rebalancing of administrative continuing contracts. The concept of consensuality has been restricted to the concept of administrative conciliation, which reveals alternative methods of conflict resolution applicable to public administration. Thus, it was decided to analyze the method of negotiation, taking the example from the contractual management of the Tribunal de Contas da União (brazilian administrative federal court). Finally, the conclusion is that it is feasible to apply the consensuality, for instance the negotiation, when analyzing the requests for economic and financial rebalancing of the administrative continuing contract.

Keywords: Administrative law; Consensuality; Administrative Contracts; Continuing Contract; Economic and financial rebalancing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT	-	Acordos Coletivos de Trabalho
ADCT	-	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AGU	-	Advocacia Geral da União
CCT	-	Convenções Coletivas de Trabalho
CF	-	Constituição Federal
CPC	-	Código de Processo Civil
EC	-	Emenda Constitucional
IBGE	-	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IN	-	Instrução Normativa
IPCA	-	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
LINDB	-	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OS	-	Organizações Sociais
OSCIP	-	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PPP	-	Parcerias Público-Privadas
RDC	-	Regime Diferenciado de Contratações
TCU	-	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I.....	17
1. O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ATUALIDADE	17
1.1. A vinculação do administrador público ao ordenamento jurídico	20
1.2. A leitura contemporânea do interesse público	24
1.3. A consensualidade na prática administrativa	27
CAPÍTULO II	33
2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	33
2.1. Contratos administrativos de natureza continuada.....	34
2.2. Equilíbrio econômico-financeiros dos contratos administrativos	36
2.2.1. Instrumentos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo	37
2.2.1.1. Reajuste em sentido estrito.....	38
2.2.1.2. Repactuação	42
2.2.1.3. Atualização Monetária	46
2.2.1.4. Revisão	47
2.2.2. Há direito subjetivo ao reequilíbrio econômico-financeiro?	52
CAPÍTULO III.....	56
3. O DIREITO ADMINISTRATIVO CONSENSUAL E O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE NATUREZA CONTINUADA	56
3.1. Por uma atuação administrativa criativa e cooperativa	59
3.2. A negociação no procedimento de reequilíbrio econômico financeiro	62
3.3. A Emenda Constitucional nº 95/2016	64
3.4. O caso do Tribunal de Contas da União.....	65
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS.....	74
ANEXO	80

INTRODUÇÃO

Quando se pensa em direito administrativo, a imagem preponderante é a de uma caixa de ferramentas¹ que contém consagradas fórmulas jurídicas utilizadas para “defender” os interesses do Estado. Essa concepção não está, necessariamente, equivocada. Todavia, há outras nuances que devem ser levadas em consideração quando da análise da relação jurídica estruturada entre o Estado e os particulares.

É certo que o direito e a realidade caminham em sentidos paralelos.² Atribuir sentido jurídico a um fato do mundo da vida é construir uma ficção para determinada realidade. Por isso é que quando se estuda as configurações (paradigmas) do Estado ao longo da história³, se verifica o direito (e as instituições jurídicas) que legitimaram e, por via de consequência, atribuíram sentido à conformação de Estado evidenciada pelo observador.

É assim, pois, que o direito administrativo surge, atrelado a um determinado modelo de Estado⁴. Se o Estado é autoritário, tem-se um direito administrativo, por exemplo, galgado num poder de polícia que não encontra limites nas liberdades individuais. Se a conformação for a de um Estado de Direito, o direito administrativo é mecanismo de limitação do poder estatal.

Ocorre que, contemporaneamente, a configuração de Estado predominante é a de Estado Democrático de Direito. Essa afirmação injeta no direito administrativo novos paradigmas. Dizer que o Estado é Democrático de Direito é assumir, dentre outras premissas, que o Estado se encontra juridicamente limitado aos direitos e às garantias fundamentais dos seus cidadãos estampados na Constituição Federal - CF. Consoante ressalta Bruno Fischgold:

(...) Essa é a tônica do ainda em conformação paradigma do Estado Democrático de Direito: *legitimar a atuação estatal mediante a rigorosa observância do sistema de*

¹ Essa é a metáfora utilizada por Carlos Ari Sundfeld, ao descrever as características dos manuais de direito: “Uma das características dos livros de referência, onde se aprendem as coisas básicas sobre qualquer área do Direito, é que o estilo oculta sua principal função: a de caixa de ferramentas”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45.)

² PASSOS, J.J. Calmon de Passos. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 101.

³ Os paradigmas do Estado Liberal, Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

⁴ Caio Tácito registra a vinculação do Direito Administrativo com a evolução histórica do próprio Estado: “(...) os direitos do homem geram os deveres do Estado. Nos regimes absolutistas, o administrador – instrumento do poder ilimitado – é, como este, irresponsável. O Estado de Direito, ao contrário, submete o poder ao domínio da lei; a atividade estatal arbitrária se transforma em atividade jurídica.” (TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo. Verbete do dicionário de ciências sociais*. Revista de Direito Administrativo, ano 140, n. 35, p. 35, abr./jun. 1980)

*direitos fundamentais garantidor da cidadania e mediante a radicalização da participação democrática dos cidadãos em todas as esferas do governo.*⁵
(Grifos nossos)

Desponta, nesse prisma, um direito administrativo que, antes de almejar a defesa incontestes dos interesses do Estado, o denominado interesse público, vincula-se às garantias fundamentais a que todo cidadão tem acesso por força de determinação constitucional. Em vista disso, não há como alcançar o interesse público ao custo da anulação dos direitos e das garantias fundamentais.⁶

Arelado a essa concepção (de limitação da atuação do Estado aos direitos e às garantias fundamentais), é necessário apontar para o fato de que ao longo das últimas décadas, especificamente a partir do ano de 1995, a Administração Pública no Brasil vem passando por sensíveis mudanças na forma de estruturação e de condução das ações do Estado.

Nesse contexto, as reformas encampadas pelo governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso tencionavam a implementação de uma Administração Pública gerencial, em substituição ao modelo burocrático de administração.⁷ O diagnóstico, à época, era que o Estado deveria concentrar seus recursos nas áreas de atuação prioritária (privativa). A redefinição do papel do Estado foi a diretriz para a implementação da reforma gerencial de 1995.

Conforme pode ser observado a partir da leitura do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, documento oficial da reforma, a redefinição do papel do Estado teria que ter como consequência a estruturação de uma administração pautada na noção de eficiência administrativa. Ou seja, tornar o Estado mais eficiente era o que se ambicionava com a adoção da administração gerencial. Como observa Bruno Miragem:

A marca mais visível da reforma do Estado brasileiro foi a introdução da exigência de conduta eficiente, elevada à condição de princípio constitucional informador da

⁵ FISCHGOLD, Bruno. *Direito Administrativo e Democracia: a interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011, p. 15.

⁶ Taciana Mara Corrêa Maia, ao analisar a democratização da atividade administrativa, ressalta que: “A constitucionalização do Direito Administrativo requer sua identificação com a realização universal do sistema de direitos e com toda a imensa gama de valores que a Constituição preconiza. Essa é a condição de não se enclausurar num dogmatismo muitas vezes estéril ou nos dilemas da própria Administração Pública, mas de pensá-la e reinventá-la a partir das premissas de uma ordem constitucional democrática, comprometida com a dignidade humana e com os direitos fundamentais; plural, participativa e cidadã na essência”. (MAIA, Taciana Mara Corrêa. *A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa*. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, ano 16, n. 31, p. 74, jan./jun. 2014)

⁷ *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, 1995, p. 6.

Administração Pública pela EC 19/1998, como critério de avaliação sobre correção do procedimento dos agentes públicos e da própria atuação administrativa.⁸
(Grifos nossos)

A despeito das avaliações negativas quanto a eficácia da reforma gerencial⁹, no que diz respeito ao desenvolvimento do Estado e à diminuição das desigualdades sociais, o que é válido ressaltar, nos limites objetivos deste trabalho, são os reflexos dessas medidas no âmbito do direito administrativo.

A introdução das privatizações¹⁰, a ampliação do instituto das concessões públicas¹¹, as Parcerias Público-Privadas - PPP¹², a inclusão da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública¹³, e as parcerias do Estado com o terceiro setor (Organizações Sociais – OS¹⁴ e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP¹⁵), foram algumas das figuras introduzidas no direito administrativo, a partir das reformas da década de 1995.

Por conseguinte, em vista da junção do ideal de Estado Democrático de Direito e da necessidade de uma atuação eficiente, atualmente vem ocorrendo uma releitura de tradicionais institutos do direito administrativo. Instrumentos clássicos são objeto de reflexão e adequação, frente às novas interpretações advindas a partir do paradigma do Estado Democrático de

⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado: a nova administração pública e o direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 30.

⁹ MATIAS-PEREIRA, José. *Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018, pp. 131 – 132.

¹⁰ Maria Sylvia Zanella di Pietro entende que: “Com todas essas alterações, objetiva-se a “reforma do Estado”, com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: de um lado, visto do lado do cidadão, quer-se restaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência; isso leva às ideias de privatização, fomento, parceria com o setor privado; visto do lado do Estado, quer-se alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos, o que leva à ideia de desburocratização. Na realidade, poder-se-ia falar apenas em “privatização” em sentido amplo, na qual se inserem todos esses objetivos”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 54.)

¹¹ *Lei nº 8.987/1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

¹² *Lei nº 11.079/2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

¹³ *Emenda Constitucional nº 19/1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

¹⁴ *Lei nº 9.637/1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

¹⁵ *Lei nº 9.790/1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

Direito. É o que ocorre, apenas para exemplificar, com: a nova compreensão do princípio da legalidade, distinguindo-se a partir da noção de juridicidade¹⁶; a contestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público¹⁷; e a possibilidade de atuação consensual dos entes administrativos.¹⁸

A finalidade do direito administrativo, a partir dessas releituras, continua sendo (até porque não haveria como se modificar tal entender), buscar satisfazer os interesses públicos. Nada obstante, nesse cotejo é que se introduz a submissão aos direitos fundamentais dos cidadãos¹⁹ e, bem assim, ao administrador público são ofertadas ferramentas que possibilitem uma atuação mais eficiente, sem que se desguarneça, obviamente, da vinculação inexorável ao ordenamento jurídico.²⁰

A lógica que se perfilha, consoante vem alertando a doutrina especializada, é a de uma Administração que dialoga com a sociedade civil, utilizando-se de seu poder de império apenas quanto for indispensável.²¹ O vetor, destarte, é o de uma Gestão Pública consensual ou Administração Pública consensual.

Na seara do direito administrativo contratual, a ideia de Administração Pública consensual torna-se mais acentuada, mormente quando aplicada aos processos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada, que será o objeto de discussão deste trabalho.

¹⁶NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 65, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

¹⁷SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 137.

¹⁸OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Revista de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, v. 104, p. 311, jan./dez. 2009.

¹⁹Maria Sylvia Zanella di Pietro vem afirmar que: “O princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 45.)

²⁰Carlos Ari Sundfeld esclarece que: “A grande missão do administrativista contemporâneo não é tolher a criação administrativista para defender o máximo de espaço para o legislador, mesmo contra a vontade deste. É assegurar que o Direito, em suas múltiplas formas, influa sobre o espaço de deliberação administrativa, mas sem monopolizá-la”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 280.)

²¹JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 01, p. 194, jan./mar. 2016.

Partindo dessas proposições, analisaremos, no Capítulo I, as mudanças pelas quais vem passando o direito administrativo, em especial as já supramencionadas: nova compreensão do princípio da legalidade, com a introdução do conceito de juridicidade; contestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público; e a possibilidade de atuação consensual dos entes administrativos.

No Capítulo II, abordaremos o conceito de contrato administrativo e nos concentraremos na espécie contratos de natureza continuada; ato contínuo, será feita uma análise dos instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro de tais contratos, abordando suas especificidades.

O Capítulo III retomará a concepção de consensualidade administrativa (Capítulo I), de maneira a possibilitar um diálogo com o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de natureza continuada. Nesse ponto, será debatida a implicação da Emenda Constitucional nº 95/2016 (EC nº 95/2016) nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que a alteração constitucional ocasionou impactos significativos nos orçamentos dos órgãos públicos, na esfera federal. De modo a exemplificar essa incidência, abordaremos o modo pelo qual o Tribunal de Contas da União - TCU vem enfrentando, internamente, os limites impostos pela EC nº 95/2016, no que diz respeito ao reequilíbrio econômico-financeiro dos seus contratos administrativos.

Por fim, teceremos nossa conclusão a respeito da possibilidade/viabilidade da incidência da consensualidade administrativa nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada.

CAPÍTULO I

1. O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ATUALIDADE

As linhas iniciais deste trabalho apontaram para o fato de que o direito administrativo vem passando por mudanças estruturais, mormente nas redefinições de dogmas populares, a saber: o princípio da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, além do surgimento de uma noção de consensualidade no seio da Administração Pública.

Essas modificações, indubitavelmente, são um reflexo das circunstâncias sociais. A pós-modernidade, termo utilizado para definir o estágio em que vivemos atualmente, caracterizasse pela pluralidade dos sujeitos, pelas divergências inerentes às pluralidades, pelos embates, pelas indeterminações e pelas incertezas. Tais circunstâncias proporcionam a pulverização do interesse público, uma vez que cada comunidade, grupo e indivíduo demanda uma manifestação estatal específica. Assim é que surge uma pluralidade de interesses públicos, tornando a ação do Estado cada vez mais complexa.²²

Agregam-se a essa realidade, também, o avanço desmedido do capitalismo por todo o globo terrestre, a que os especialistas intitulam de “fenômeno da globalização”, e o domínio da tecnologia, que tem reposicionado a atuação do homem, tornando a vida cada vez mais virtual.

Se são essas, portanto, as demarcações do Estado contemporâneo, não há razões, seja do ponto de vista fático ou lógico, para buscar em obsoletas formas de administrar a coisa pública (*res publica*) respostas para as demandas inovadoras que surgem perante a Administração Pública.

No mesmo passo, a constitucionalização do direito administrativo traz à *lume* a noção de que não se pode administrar negligenciando os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. A atuação do gestor público exige uma postura não apenas de conformação legal, mas, e verdadeiramente, a de um estrito respeito aos postulados constitucionais. Quer isso dizer

²²Murilo Ruiz Ferro e André Castro Carvalho enaltecem essa característica do Estado contemporâneo na seguinte passagem: “O Estado Pós-Moderno faz que os interesses públicos sejam, no sentido exarado por Alessandro Pizzorusso, meras finalidades concretas a serem efetivadas pelos órgãos ou entes públicos, pois, em sociedades pluralistas, como a que vivemos, há tantos interesses públicos quantas forem as comunidades nela coexistentes — e, por consequência, os interesses passam a ser plúrimos (...) A chamada pluralização dos interesses públicos contempla, por decorrência lógica, uma maior complexidade de situações em que o Estado é compelido a agir em favor da coletividade, cada vez mais buscando encontrar novas formas de pactuação (...)”. (FERRO, Murilo Ruiz; CARVALHO, André Castro. *Administração contratual, nova contratualidade administrativa e contratos de parcerias: breves considerações acerca de alguns conceitos que integram uma nova terminologia trazida pela doutrina administrativista contemporânea*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 21-39, abr./jun. 2018.)

que o parâmetro de avaliação das escolhas feitas pelo administrador público tende a ser, em última análise, a Constituição.²³

Nessa perspectiva, há que se fazer, a depender do caso concreto, as necessárias ponderações²⁴, porquanto nenhum direito é absoluto. A satisfação de interesses individuais, estejam eles albergados em legítimas garantias constitucionais, não é carta aberta para a submissão de interesses coletivos aos estritos interesses privados, sem reflexo no bem-estar da sociedade.

Esse tipo de enquadramento, que, frise-se, só pode ser abordado no caso concreto, deve passar pelo filtro da Constituição²⁵, de sorte que apenas argumentativamente é possível estabelecer se tal ou qual decisão está ou não adequada, no que diz respeito aos ditames da Carta Maior.

Assim é que esse Estado, que agrega dentro do seu território uma pluralidade de visões de mundo, que sofre os influxos da globalização e da tecnologia, deve atuar balizado nas determinações constitucionais. O direito administrativo, logo, como ramo do direito que se presta a cuidar da função administrativa do Estado²⁶, deve estar adequado aos novos fatos do

²³Na observação retilínea de Lorena Miranda Santos Barreiros: “A Constituição Federal de 1988 promove um fenômeno de constitucionalização dos ramos do direito, não sendo excluído desse movimento o Direito Administrativo. A crise da lei, levada a efeito na segunda metade do século XX por diversos fatores (desprestígio do instrumento legal, seu uso político, aumento do uso normativo pelo Poder Executivo, surgimento das agências reguladoras), conduz à assunção do vértice da juridicidade administrativa pela Constituição, afastando-se a ideia de que a intermediação, pela lei, do diálogo da Administração com a Constituição seria imprescindível”. (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016, p. 36.)

²⁴Destaca Cristiane Schwanka que: “A compreensão da Constituição como sistema leva ao entendimento de que os interesses públicos e privados equiparam-se, sendo ambos reconhecidos em condição de igualdade. Ou seja, no mesmo patamar de hierarquia. Todavia, em determinadas situações, como resultado de ponderação de princípios e direitos em abstrato, a Constituição reconhece a prevalência (jamais supremacia) de alguns interesses públicos, sem, contudo, autorizar a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado”. (SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Faculdade de Direito, 2009, p. 47.)

²⁵Na percutiente explicação de Luís Roberto Barroso, “(...) o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores 248 e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 110-111.)

²⁶Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 55-29.)

mundo da vida e, impreterivelmente, a que pautar-se conforme as diretrizes fixadas pela Constituição.

Não é por outra razão que hoje se vê com certa cautela os meios unilaterais de tomada de decisão adotados pela Administração.²⁷ O ato administrativo, conceito tão aceito no direito brasileiro, importado da doutrina francesa²⁸, vem sendo debatido à luz dessas novas premissas. O atributo da imperativa, em que pese não estar presente em todos os atos administrativos, é objeto de questionamento, quando se mira numa perspectiva de respeito aos direitos individuais e de uma atuação consensual da Administração.²⁹

Isto posto, a doutrina vem trazer a noção de consensualidade administrativa, em substituição à atuação apenas unilateral do Estado.³⁰ Nada mais elementar, haja vista que, em uma sociedade democrática, a Administração Pública deve agregar em sua atuação a participação dos cidadãos, seja no planejamento de determinada ação, que impactará, indubitavelmente, na vida das pessoas, ou mesmo no acompanhamento dos efeitos da ação já implementada.

Ocorre que, tendo em vista nossa tradição francesa, marcadamente legalista, em matéria de direito administrativo, há uma cultura que não absorve essa postura de consensualidade (de atuação consensual).³¹ Os “opositores” da ideia de consensualidade, se

²⁷Por todos, tem-se a síntese de Rafael Roque Garofano: “A nova face da atuação administrativa – agora mais próxima dos cidadãos – já não admite a adoção de uma Administração Pública baseada puramente no poder extroverso e no unilateralismo”. (GAROFANO, Rafael Roque. *A consensualidade nos contratos administrativos: do regime estatutário para a parceria contratual*. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014, p. 5.)

²⁸É o que lembra Ana Cristina Aguilar Viana, citando Vasco Pereira da Silva: “(...) o ato administrativo é incapaz de captar a integralidade de situações jurídicas das quais a Administração participa. Com efeito, Vasco busca preencher as lacunas deixadas pela velha teoria do ato administrativo por meio da ideia de relação jurídica administrativa, que para ele parece ser instituto mais adequado para enquadrar o universo de relações existentes entre a administração pública e os particulares”. (VIANA, Ana Cristina Aguilar. *Contrato Administrativo no Brasil: do autoritarismo à consensualidade*. Juris Plenum: direito administrativo, v. 4, n. 13, p. 69, mar. 2017.)

²⁹NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, pp. 66-67, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

³⁰SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARAÇATO, Gilson. *A consensualidade e os canais de democratização da administração pública*. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 1347-1378.

³¹OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Revista de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, v. 104, pp. 310-311, jan./dez. 2009.

assim podem ser intitulados, agarram-se no princípio da legalidade, como tradicionalmente é divulgado, e no argumento retórico do interesse público.

Em vista disso, o presente capítulo analisará os pontos objeto de divergência pela doutrina, quanto se tenta instrumentalizar uma atuação consensual na Administração Pública, a saber: o princípio da legalidade e o conceito de interesse público, na vertente do princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.³² Após, será feita uma análise, a partir desses debates, sobre a introdução da consensualidade no direito administrativo.

1.1. A vinculação do administrador público ao ordenamento jurídico

A tradição do direito administrativo no Brasil é calcada, sobremaneira, na ideia de que a Administração Pública só pode agir conforme determinação legal expressa. Esse mantra vem sendo reproduzido desde os ensinamentos de Guido Zanolini, para quem: “o indivíduo pode fazer tudo o que não lhe é expressamente vetado, ao passo que a Administração pode fazer apenas o que a lei expressamente lhe consente”.³³

Há que se ter uma certa cautela ao dizer que a atuação da Administração é baseada exclusivamente no que é posto pela lei de forma expressa. Se levado ao limite, esse raciocínio ocasiona a construção de situações em que a inércia, dada a impossibilidade de atuação sem norma legal expressa, dominaria a *práxis* administrativa.³⁴ Por outro lado, se flexibilizarmos

³²Vários são os institutos do direito administrativo objeto de releitura. Na exemplificação de Cleuber Barbosa das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho, têm-se os seguintes exemplos: “os limites da discricionariedade administrativa; os modelos de parceria público-privada (englobando aqui os mais variados tipos de relação, inclusive com o terceiro setor); a nova compreensão do princípio da legalidade, enfrentando, inclusive, a inserção pretensamente substitutiva da noção de juridicidade; a releitura conceitual do interesse público e as formas de participação dos usuários nos processos decisórios administrativos; um novo perfil da administração pública pautada na eficiência; a interpretação dos princípios administrativos como norma jurídica, em especial a incidência do princípio da impessoalidade de maneira diferenciada; e também – sem exclusão de outros – a própria possibilidade de atuação consensual dos entes administrativos”. (NEVES, Cleuber Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 65, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 01 de maio de 2019.)

³³ZANOLINI, Guido. *L' Attività Amministrativa e la Legge*. In: Scritti Vari di Diritto Pubblico, Milano: Giuffrè, 1955, pp. 206-207.

³⁴Alexandre Santos de Aragão, balizado nos ensinamentos de Charles Eisenmann, sustenta que: “não há como ser aplicado o critério da legalidade substancial em uma versão extrema (de máxima densidade normativa das leis) porque pressupõe que apenas a lei cria direitos e obrigações. Esquecendo que, na verdade, todo e qualquer regulamento possuirá em determinada medida, sob pena da sua inutilidade, algum papel criativo em relação à lei (...)”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. Revista de Direito Administrativo, n. 236, p. 56, abr./jun. 2004.)

demasiadamente a atuação do administrador público, desvinculando-o da lei, ter-se-á um Estado capturado pelos interesses egoísticos, e as consequências disso são deveras incalculáveis.

Pois bem. As concepções extremistas serão negligenciadas, haja vista não agregarem ao desenvolvimento dos argumentos trabalhados neste ensaio. Quando se diz que o princípio da legalidade é um obstáculo para a implementação da consensualidade, na verdade o que se diagnostica é a existência de uma cultura legalista, que diz que o administrador público só pode agir pautado na lei (lei em sentido formal). Esse é o verdadeiro empecilho.

Não se sustenta que o Estado deve atuar sem fundamentação no direito, isso seria um retrocesso civilizatório. Definitivamente não é essa a ideia. O conceito de legalidade, na concepção de vinculação às normas produzidas por meio do processo legislativo, é ressignificado, por força da noção de constitucionalização do direito administrativo. Ou seja, o agir do administrador público, a despeito de não poder contrariar determinação legal expressa, deve ser legitimado pela Constituição.³⁵ Mais ainda, a vinculação da atuação administrativa deve ser, necessariamente, com o direito. A essa mudança de paradigma, os doutrinadores denominam de juridicidade da ação administrativa.

Shirlei Silmara de Freitas de Mello e Roziana G. Camilo Lemos Dantas, traduzem bem essa mudança de perspectiva, ao afirmarem que:

Administração Pública deve se pautar de acordo com o que emana a Constituição, com ênfase nos direitos fundamentais, na democracia e na dignidade da pessoa humana. *A juridicidade, por ir além da legalidade, revela que a atividade estatal deve se subjazer ao conjunto de princípios e regras do ordenamento jurídico, valorizando a realização dos direitos dos cidadãos, não se atendo somente à mera aplicação da lei administrativa.*³⁶
(Grifos nossos)

A lei, como é cedida, é incompleta, não engloba todas as situações fáticas possíveis. E assim deve ser. Por isso, afirmar que a Administração só deve atuar conforme determinação legal expressa, é criar um ambiente de engessamento administrativo. Mais coerente com os desígnios da sociedade atual, é conceber que a Administração Pública deve atuar regulada pelo

³⁵No apontamento de Mariana de Siqueira, observa-se que: “(...) Hoje, diante do contexto pós-positivista, convém reiterar aqui que é na Constituição que reside a grande moldura limitadora de sua atividade interpretativa”. (SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse Público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 258)

³⁶MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. *A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do resultado*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 77, jun. 2010, Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585 >. Acesso em: 05 de maio de 2019.

direito, o que engloba a constitucionalização da atividade administrativa e estabelece um sentido de completude aos atos da Administração, na medida em que estabelece uma conexão com o ordenamento jurídico. Assim é que Gustavo Binbenbom aponta para a noção de que:

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. *Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).*³⁷
(Grifos nossos)

Há casos, não obstante, em que a lei será taxativa, de modo que só tocará uma forma de atuação. Nessas condições, o administrador público apenas poderá agir conforme a determinação legal expressa. Contudo, já se sabe, desde há muito, que o administrador público não pode se curvar perante lei inconstitucional, ainda que não declarada a inconstitucionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário.³⁸ Portanto, em que pese ser o comando legal vinculante, porquanto não possibilita a construção de alternativas juridicamente válidas, se tal lei contrariar a Constituição, não deverá ser aplicada.

É preciso registrar, nesse contexto, que o administrador público também normatiza. Ou seja, cria normas. As portarias, as resoluções, as instruções normativas, os memorandos e os regulamentos, por exemplo, são instrumentos utilizados pela Administração para regulamentar determinados assuntos, não abrangidos completamente pelas leis. Esses instrumentos se legitimam, ou têm sua validade confirmada, nas leis que tratam dos temas por eles abordados. Todavia, não há como negligenciar o fato de que esses instrumentos inovam na ordem jurídica, criando direitos e obrigações para os administrados e para a Administração.

³⁷BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38.

³⁸Apesar de existir polêmica em torno desse tema, a corrente majoritária, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, é pela possibilidade de o Chefe do Executivo recusar a aplicação de uma lei se entendê-la como inconstitucional e isso sem a prévia manifestação judicial. Para melhor entendimento da matéria, vide: CAMPOS, Miguel Ramos. *Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional. Correntes Doutrinárias. Controvérsia*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 2, 2011.

Exemplo disso são as Instruções Normativas do extinto Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão³⁹, em matéria de licitações e contratos, que ampliam, em muito, as regras propagadas pela Lei nº 8.666/1993⁴⁰. É o caso da repactuação contratual⁴¹ e da preclusão lógica do direito a repactuar⁴². Tais figuras não estão presentes, de forma expressa, no diploma legal em comento. Ocorre que os órgãos de controle, em especial o TCU, não questionam a legalidade desses institutos, ao contrário, os mesmos tornaram-se prática já absorvida no dia a dia da Administração Pública.⁴³

Dito isso, convém registrar que a atividade normativa da Administração Pública não é válvula de escape para o cometimento de arbitrariedades, tampouco para a malversação do erário. A defesa é no sentido de que a Administração Pública, vinculada que é à Constituição e ao direito, normatiza condutas no seu âmbito de atuação. Nesse aspecto, já defendia Alexandre Santos de Aragão, em artigo vanguardista, que:

(...) evoluiu-se para se *considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à "lei e ao Direito" (...)*.⁴⁴
(Grifos nossos)

E isso não é, *a priori*, uma conduta ilegal. Também não se pode afirmar, contemporaneamente, que apenas a lei (em sentido formal) determina a ação do administrador público. Corolário a esta ideia de vinculação estrita à lei, que tende a afastar a consensualidade do agir administrativo, é a noção de supremacia e de indisponibilidade do interesse público.

³⁹A Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019, criou o Ministério da Economia, que englobou as estruturas dos ministérios da Fazenda; do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; e do Trabalho.

⁴⁰Estamos nos referindo aos seguintes normativos: Instrução Normativa MARE nº 18/1997, Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 e Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017 (única em vigor).

⁴¹Figura disciplinada, inicialmente, pelo Decreto nº 2.271/1997, revogado pelo Decreto nº 9.507/2018, tem suas peculiaridades destacada pelas Instruções Normativas SLTI/MPOG nº 02/2008 e a Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017, em vigor.

⁴²É o que prevê o art. 57, § 7º, da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017.

⁴³A jurisprudência do TCU é clarividente quanto a constitucionalidade da técnica da repactuação. É o que se observa a partir do Acórdão nº 1.827 – Plenário:

(...) 3. A repactuação de preços não foi editada pelo Decreto nº 2.271/97 como figura jurídica autônoma, mas como espécie de reajuste de preços, a qual, ao contrário de valer-se da aplicação de índices de preços, adota apenas a efetiva alteração dos custos contratuais. Desse modo, não há se falar em inconstitucionalidade quanto ao aspecto previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. (TCU. *Acórdão nº 1.827/2008*. Plenário. Relator: Benjamin Zymler.)

⁴⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. Revista de Direito Administrativo, n. 236, p. 63, abr./jun. 2004.

1.2. A leitura contemporânea do interesse público

Celso Antônio Bandeira de Mello, em clássico manual, sustenta que as “pedras de toque” do regime jurídico administrativo⁴⁵ são os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.⁴⁶ No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro reforça o caráter preponderante destes dois princípios na estruturação do direito administrativo.⁴⁷

Os clássicos administrativistas têm em mente a ideia de que não deve o direito administrativo desviar-se de sua função principal, que é a satisfação dos interesses públicos. Constrói-se uma blindagem dogmática para defender a impermeabilidade do Estado frente os interesses privados, de maneira que a *res publica* não sucumba aos desígnios egoísticos dos homens.⁴⁸

Não se põem em dúvida a ideia de indisponibilidade do interesse público, na percepção de que o Estado não deve ser instrumento para o usufruto egoístico de alguns em detrimento da aniquilação do bem-estar de muitos. Pretende-se, inexoravelmente, defendê-lo. O que é objeto de críticas por parte da doutrina contemporânea é a noção vaga e desarticulada do conceito de interesse público, assim como também não é plenamente aceito afirmar a existência de uma noção abstrata de supremacia do interesse público sobre o privado.⁴⁹

⁴⁵O regime jurídico administrativo é a ideia de especialidade do direito aplicado ao Estado. Advém da noção de prerrogativas e sujeições a que está submetida a Administração e que não encontra reflexo nas relações privadas.

⁴⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 55-56.

⁴⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 92-94.

⁴⁸Como pontua Tiago Bockie de Almeida: “Tais pedras de toque e os pilares do Direito Administrativo que dela decorrem, foram constituídos sob a égide de um modelo de Estado Absolutista (Estado de Polícia), com a prevalência da autoridade e da noção de poder como sinônimo de força. Neste momento histórico, cujas regras tinham origem na vontade do monarca, o “direito público” era considerado o direito ilimitado de administrar para o controle dos administrados”. (ALMEIDA, Tiago Bockie de. *A administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de uma sanção administrativa disciplinar: a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016, p. 13.)

⁴⁹Essa é a reflexão obtida a partir da leitura do excerto retirado da obra de Bruno Fischgold: “A ideia de que o interesse público goza de primazia frente ao interesse privado, portanto, encontra-se baseada em um pressuposto absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Considerando que, nesse paradigma, interesses públicos e privados não são categorias abstratamente antagônicas, não há mais como reputar adequada à ordem constitucional uma norma que afirma, de modo *apriorístico*, a prevalência de uma categoria sobre a outra”. (FISCHGOLD, Bruno. *Direito Administrativo e Democracia: a interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição*

Questiona-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tendo em conta os direitos e as garantias fundamentais dos administrados, haja vista o teor autoritário que advém ao afirmar-se que abstratamente o interesse público sempre prevalece sobre o privado. A imagem que se projeta, ao assim proceder, é a de um Estado autoritário, que não respeita os ditames constitucionais.⁵⁰

Aloisio Krohling e Dirce Nazare Andrade Ferreira, em artigo que debate a leitura neoconstitucional do princípio da supremacia do interesse público, frisam bem a situação em que se debruça a nova doutrina administrativista:

Então a constituição abraça o direito administrativo tanto no texto legal, quanto nas interpretações da doutrina, *exigindo dos administrativistas, novo posicionamento e ressaltando a inconveniência do Direito Administrativo com a roupagem vetusta do princípio da supremacia de interesse público.*⁵¹
(Grifos nossos)

Esse quadro (de contestação) faz sentido quando se aborda o interesse público como um conceito indeterminado, bem dizer, que possui múltiplas possibilidades interpretativas. Logo, abstratamente, nada informa. É, tão somente, à luz das circunstâncias fáticas, contrapondo os múltiplos interesses em jogo que, argumentativamente, determina-se qual é o interesse público preponderante, respeitando-se, sempre, os parâmetros constitucionais.

A doutrina tradicional, apesar de afirmar que o interesse público tem que respeitar os direitos e as garantias fundamentais estampados na Constituição, não aceita a ideia de que os interesses públicos e os interesses privados caminham, no mais das vezes, de mãos dadas.⁵² Daí a necessidade de que ocorra um processo de legitimação da decisão tomada pelo administrador

da República de 1988. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011, p. 93.)

⁵⁰É o raciocínio, também, de Bruno Fischgold, para quem: “Chegou o momento de o direito administrativo definitivamente se curvar à força normativa da ordem constitucional brasileira. Para tanto, imprescindível seja sepultada a autoritária visão de que as autoridades administrativas atuam não para preservar os direitos dos administrados, mas sim em função de uma abstrata supremacia do interesse público, cujo conteúdo concreto elas próprias são responsáveis pela definição”. (FISCHGOLD, Bruno. *Direito Administrativo e Democracia: a interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011, p. 103.)

⁵¹FERREIRA, Dirce Nazare Andrade; KROHLING, Aloisio. *O princípio da supremacia do interesse público no Estado Democrático de Direito e sua roupagem neoconstitucionalista*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba-PR, v. 14, n. 14, p. 489, jul./dez. 2013.

⁵²Não é por outra razão que Mariana de Siqueira comenta que: “Não há sentido em manter privilégios e prerrogativas da Administração incompatíveis com a sistematicidade da Constituição. Hoje, portanto, no âmbito do Estado Constitucional Democrático, é possível dizer que também há interesse público na eficiente defesa prática dos interesses privados constitucionalmente tutelados”. (SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse Público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 225.)

público, alicerçado na fundamentação dos atos administrativos e na introdução do consenso, sempre que possível for, na fase de elaboração da decisão.

Com efeito, a finalidade dos atos praticados pelo administrador público tende a perfilhar o interesse público preponderante no caso concreto, de sorte que a legitimidade da conduta se camufla na estrita obediência ao cumprimento das finalidades públicas.

Nessa esteira, como a finalidade pública - na vertente constitucional do interesse público -, agarra sua estrutura material na detida análise do caso concreto, é, pois, apenas dentro da conjuntura factual que se elabora as nuances determinantes da tomada de decisão que melhor atenda ao interesse público.⁵³

Assim sendo, é no sopesamento dos fatos, na atribuição de sentido às conjecturas ventiladas, em cotejo às determinações legais, que se estrutura a preponderância do interesse público, porquanto não apenas a lei diz o que é de domínio indelével do agente público, mas o próprio agente, nos determinantes de sua competência, atrelado aos postulados constitucionais inexoráveis da Administração Pública, quem verdadeiramente estabelece o que é e o que não é de interesse público no caso concreto posto sob análise.⁵⁴

Afirmar que o administrador público deve, caso a caso, construir argumentativamente o interesse público, a partir do direito (do qualitativo da juridicidade administrativa), não é abrir caminho para arbitrariedades e desvios de dinheiro público. É um ato de convencimento, construído a partir das ferramentas disponibilizadas pela dogmática administrativista, na concepção de constitucionalização do direito administrativo.⁵⁵

⁵³Essa é a tônica suscitada por Vitor Rhein Schirato, no seguinte excerto: “Empregando-se à prática do Direito Administrativo a transformação muito bem apontada por Cassese, acima mencionada, vê-se que as decisões públicas não partem mais (se é que algum dia partiram, diga-se) de fórmulas regulamentares anteriores. Partem, sim, de uma construção realizada pela Administração Pública a partir da verificação *in concreto* de interesses públicos a serem satisfeitos. Em última análise, verifica-se um considerável incremento no perfil discricionário da ação administrativa, dado que ao invés de simplesmente concretizar uma decisão previamente tomada em um ato regulamentar, deve ser criada uma solução para um caso concreto a partir de uma regra de competência”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *A formação das decisões da Administração Pública nos contratos administrativos*. Revista de Contratos Públicos - RCP, Belo Horizonte - MG, ano 7, n. 14, p. 186, set. 2018/fev. 2019)

⁵⁴Até porque, como registra Diego Franco de Araújo Jurubeba: “(...) em uma sociedade heterogênea, pouco vale afirmar que o interesse público deve ser preferido pelo gestor público, quando o real problema é identificá-lo antes da emissão da decisão, no momento da apreciação da colisão dos interesses postos em jogo”. (JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 01, p. 180, jan./mar. 2016.)

⁵⁵Na precisão cirúrgica de Carlos Ari Sundfeld, registra-se que: “Os profissionais sempre adotam o pressuposto retórico de que as respostas, para todos os casos, já estão escritas no Direito. Mas a verdade é que elas vêm das decisões das autoridades (judiciais ou administrativas), que precisam ser convencidas. As normas e a cultura do direito administrativo são depósitos onde se pode buscar argumentos para defender distintas posições”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 49.)

Essa é uma discussão profunda e que ainda não revela consenso, mas, em linhas gerais, o que deve prevalecer é o distanciamento de uma visão que possa proporcionar uma atuação autoritária por parte da Administração Pública. Utilizar o conceito de interesse público para legitimar qualquer tipo de ato, sem a adequada fundamentação (motivação), é algo que não se compatibiliza com a noção contemporânea de Estado Democrático de Direito.

Defende-se, em vista disso, afirmar que é apenas no caso concreto, não abstratamente, que surge o interesse público e, para tal desiderato, há que se construir um processo argumentativo jungido à Constituição. Um processo argumentativo inseparável do direito, não apenas da lei em sentido formal.⁵⁶

1.3. A consensualidade na prática administrativa

Após analisarmos que o administrador público deve vincular-se ao ordenamento jurídico, e não apenas à lei em sentido formal, e de que o interesse público só surge no caso concreto, a partir de um processo argumentativo, convém destacar o que se entende por consensualidade no direito administrativo.

Consensual é, em singela referência, o contrário de impositivo. Diz-se consensual para afastar uma noção de autoritarismo. Se o paradigma vigente é o de Estado Democrático de Direito, e esse Estado deve atender às múltiplas demandas dos cidadãos, a atuação consensual indica ser um caminho mais eficiente para dar conta de tão árdua tarefa.⁵⁷

De outra banda, Odete Medauar elenca os fatores que propiciaram o surgimento da consensualidade no exercício da atividade administrativa:

Um conjunto de fatores propiciou esse modo de atuar, dentre os quais: *a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade.* Aponta-se o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de “formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas”, que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar

⁵⁶Carlos Ari Sundfeld referenda essa afirmação no seguinte sentido: “A grande missão do administrativista contemporâneo não é tolher a criação administrativa para defender o máximo de espaço para o legislador, mesmo contra a vontade deste. É assegurar que o Direito, em suas múltiplas formas, influa sobre o espaço de deliberação administrativa, mas sem monopolizá-lo”. (Ibidem, p. 280.)

⁵⁷Taciana Mara Corrêa Maia define Administração Pública consensual como: “(...) o realinhamento do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica”. (MAIA, Taciana Mara Corrêa. *A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa*. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, ano 16, n. 31, p. 77, jan./jun. 2014.)

periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalho no interior dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados. *Associa-se o florescimento de módulos contratuais também à crise da lei formal como ordenadora de interesses, em virtude de que esta passa a enunciar os objetivos da ação administrativa e os interesses protegidos. E, ainda: ao processo de deregulation; à emersão de interesses metaindividuais; à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como de maior eficiência e produtividade, alcançados de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões.*⁵⁸
(Grifos nossos)

A consensualidade envolvendo a Administração Pública é fruto, frise-se, da exigência de atuação compatível com o caráter democrático do Estado contemporâneo, bem como das diretrizes advindas da releitura do interesse público e da imposição dos direitos fundamentais dos administrados.⁵⁹

O conceito amplo (*lato sensu*) de consensualidade é a ideia de aproximação dos administrados (cidadãos) e o Estado, na construção de parcerias, termos e contratos. Por sua vez, a noção estrita do conceito, denominada de concertação administrativa, tem a ver com a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, ou seja, com a resolução consensual de conflitos.⁶⁰

A noção *stricto sensu* de consensualidade, concertação administrativa, é o que será debatido neste trabalho, quando da sua aplicação aos processos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada. Isso porque intenta-se afastar a judicialização dos atos administrativos e trazer mais eficiência e efetividade à atuação da Administração.

O referencial de consensualidade, que a doutrina brasileira vem tentando introduzir na cultura da Administração Pública, tem sua origem na Itália, a partir da Lei nº 241, de 07 de agosto de 1990⁶¹, que inseriu pela primeira vez no ordenamento jurídico daquele país,

⁵⁸MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

⁵⁹NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 63, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso: em 01 de maio de 2019.

⁶⁰Ibidem, p. 65.

⁶¹Em relação à lei italiana, Juliana Bonacorsi de Palma, comenta que: “No caso italiano, os acordos administrativos são expressamente previstos na lei 241/90, que disciplina o processo administrativo e o direito de acesso a documentos públicos. A previsão expressa encontra-se no artigo 11 da mencionada lei, o qual autoriza a Administração Pública a celebrar acordos com os interessados com a finalidade de determinar o conteúdo discricionário do ato final ou substituí-lo, desde que a prática consensual não cause prejuízo a terceiros e nem afaste a Administração do dever de satisfazer o interesse público”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: estudo dos*

parâmetros para uma atividade administrativa consensual utilizável como instrumento geral e ordinário de ação administrativa. Há também outros exemplos nas legislações internacionais, a saber: no Direito espanhol, *Ley 30/1992, art. 87 e 88*; no Direito norte-americano, *Administrative Dispute Resolution Act, section 571 a 581*; e no Direito alemão, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Lei de Procedimento Administrativo, § 54 e seguintes*.⁶²

No Brasil, há vários normativos que referendam a lógica da consensualidade na Administração Pública. Asdrubal Franco e Rosana Laura, bem sintetizam esse quadro:

(...) acordos contratuais (*arts. 65 e 79, da Lei n. 8.666/1993*); acordos de débitos para com a Fazenda (*Lei n. 13.340/2016*); acordos em procedimentos sancionatórios (*art. 86 da Lei n. 12.529/2011 e art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985*); celebração de acordos em processos criminais de menor potencial ofensivo (*art. 2º da Lei n. 10.259/2001*); de celebração de acordos em causas cíveis de pequeno valor (*arts. 3º e 10 da Lei n. 10.259/2001*); desistência, ou não ajuizamento, em causas de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (*art. 18 da Lei n. 10.522/2002*); e, entre outros, a possibilidade de desapropriação amigável (*art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1940*).⁶³
(Grifos nossos)

O novo Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 13.105/2015), em seu art. 174, inovou ao prever que os entes federativos “criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”. Ainda, ressaltou o CPC, no art. 175, que tais disposições (art. 174) “não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”.

Não bastassem tais preceitos, o CPC consagra, de maneira irremediável, a lógica da consensualidade ao dizer que: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 1º, § 2º). Comando desse jaez, não fica restrito à seara processual civil, expande seus reflexos por todo o ordenamento jurídico, mormente no âmbito do direito

acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010, p. 117.)

⁶²NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 67, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso: em 01 de maio de 2019.

⁶³NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Administração Pública na era da consensualidade: a visão e a prática dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Independently Published, 2018, pp. 66-67.

administrativo, em que a aplicação subsidiária do CPC ao processo administrativo é consagrada pelo art. 15.⁶⁴

A negociação, a conciliação, a mediação e arbitragem são institutos reforçados pelo CPC⁶⁵, assim como pela Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015, que autorizou o uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta. Porém, retornar-se-á aos métodos alternativos de resolução de conflitos no Capítulo III. O que deve ficar registrado, nesse momento, é que o ordenamento jurídico brasileiro consagra uma lógica de consensualidade no tocante à Administração Pública. E que, nesse sentido, conforme ressalta Juliana Bonacorsi de Palma: “(...) a consensualidade enseja a previsão de determinados instrumentos para dirimi-los de forma negociada, sem a necessidade de manejo da autoridade estatal para decidir unilateralmente”.⁶⁶

Nesse passo, a consensualidade, se utilizada de modo correto, é uma ferramenta vantajosa para as estruturas administrativas. Alguns de seus benefícios são, conforme Cleuber Barbosa das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho:

(...) (i) *maior eficiência na concretização do interesse público*; (ii) *maior transparência na atuação administrativa*; (iii) *maior legitimação na atuação da autoridade administrativa, na medida em que haverá maiores chances de cooperação no cumprimento pelo particular*. As vantagens da consensualidade no âmbito administrativo são também evidenciadas quando se analisa que a administração pública se configura como um dos principais clientes do Poder Judiciário, participando ativamente de uma elevada quantidade de litígios, com altos custos e burocracia, o que torna, inclusive, o Judiciário brasileiro um dos mais caros do mundo.⁶⁷
(Grifos nossos)

É o que também sustenta Emerson Garcia, ao considerar que a consensualidade tem sido amplamente utilizada no direito administrativo como mecanismo de recomposição da

⁶⁴Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁶⁵Art. 1º, § 3º: A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁶⁶PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010, p. 88.

⁶⁷NEVES, Cleuber Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 67, n. 218, p. 64, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

juridicidade, resultando numa atuação mais célere, com níveis de eficácia elevados e menor dispêndio de recursos.⁶⁸

Por outro lado, tem-se que os entraves mais debatidos para a implementação da lógica do consenso na Administração Pública são, os já analisados, ideia de atuação vinculada à lei em sentido formal e a noção tradicional de indisponibilidade e de supremacia do interesse público. Ocorre que, como argumentado anteriormente, a releitura desses dogmas possibilita a aplicação da consensualidade.

Pontue-se, nessa medida, que a composição dos conflitos envolvendo interesses estatais e privados, é a tarefa da Administração Pública consensual, que deve incluir, necessariamente, o cidadão no processo de determinação e densificação do interesse público, porquanto, como já defendido, este não pode ser tido como supedâneo para uma atuação autoritária e, tampouco, deve ser monopólio estatal.⁶⁹

Na concepção de Maria Sylvia Zanella di Pietro: “(...) o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública, contribuindo para a sua democratização. (...) pode-se dizer que a tendência para a consensualidade se insere como uma das formas de expressão da democratização da Administração Pública”.⁷⁰

É certo, porém, que nem sempre a atuação consensual será benéfica ao Estado, a depender do caso concreto. Para esses casos, os demais meios de atuação estatal - por exemplo, o poder de polícia e a execução judicial - devem ser aprimorados, de modo a tornar mais célere e efetiva a consecução dos determinantes públicos.⁷¹

Diz-se que, ao estabelecer os meios consensuais de concertação administrativa, estar-se-ia negociando o interesse público, o que ocasionaria a aplicação do argumento da indisponibilidade do interesse público. Ocorre que, como sustenta Taciana Mara Corrêa Maia, “em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a

⁶⁸GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Revista Síntese de direito administrativo, v. 12, n. 141, p. 549, set. 2017.

⁶⁹OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, p. 305, jan./dez. 2009.

⁷⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 43.

⁷¹NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 78, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso: em 01 de maio de 2019.

Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”.⁷²

Portanto, agir consensualmente é mecanismo que enaltece a matriz constitucional e democrática do Estado contemporâneo. Não é uma subversão aos interesses eminentemente privados e deletérios. Quer-se, inevitavelmente, fornecer à Administração Pública ferramentas que possibilitem a disseminação de uma cultura coerente com a pluralidade de interesses que perfazem o mundo atual. A consensualidade é, no saudoso dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “um enriquecimento do Direito Administrativo, que a ele se incorpora permanentemente”.⁷³

Bem assim, para melhor compreensão do tema, convém situá-lo, de modo objetivo, a uma hipótese de aplicação: o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativo de natureza continuada. Assim, o próximo capítulo analisará os contratos administrativos, na delimitação proposta (natureza continuada), bem como identificará os instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro.

⁷²MAIA, Taciana Mara Corrêa. *A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa*. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, ano 16, n. 31, p. 82, jan./jun. 2014.

⁷³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 48.

CAPÍTULO II

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Alguns doutrinadores discordam a respeito da existência da categoria “contratos administrativos”, perfilhando suas irresignações na ideia de que não pode haver contrato em que uma das partes tem posição de superioridade em relação à outra, implicando em desrespeito ao princípio da igualdade das partes no contrato.⁷⁴

De toda sorte, prevalece a noção, arraigada do direito francês, de que contrato administrativo é espécie do gênero contrato e que possui características que o distingue dos contratos de natureza eminentemente privada.⁷⁵ É percuciente, nesse ponto, a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o contrato administrativo é:

(...) um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁷⁶

Essa definição de contrato administrativo acaba por abarcar uma pluralidade de figuras⁷⁷, a saber: contrato de obra, de compra, de prestação de serviços, de concessão, de locação, de gestão, os convênios e os consórcios públicos, por exemplo. Importa esclarecer que os exemplos acima referidos comportam características próprias, que, por esse motivo, não podem ser analisados de modo uniforme.

Todavia, para o que se almeja neste trabalho, além da definição oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que enaltece o pacto celebrado entre a Administração e terceiros, com temperamentos de direito público, perfazendo a existência de características distintivas

⁷⁴É o que destaca Maria Sylvia Zanella di Pietro: “A grande controvérsia sobre a possibilidade de existirem contratos administrativos sujeitos a regime jurídico de direito público gira em torno das chamadas cláusulas exorbitantes que asseguram prerrogativas à Administração Pública. Segundo alguns, essas prerrogativas implicam desrespeito ao princípio da igualdade das partes no contrato”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 401.)

⁷⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 291.

⁷⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 642-643.

⁷⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 301.

para a Administração, há a definição genérica oferecida pela Lei nº 8.666/1993, que, em seu art. 2º, parágrafo único, estabelece:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, *considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.*

(Grifos nossos)

Nesse contexto, o certo é que o termo contrato administrativo denota a existência de uma relação contratual entre a Administração e terceiros, em que há a presença de determinadas características não encontradas nas relações contratuais firmadas entre particulares. A existência das cláusulas exorbitantes, que verticaliza a relação contratual, é um exemplo dessas características distintivas dos contratos administrativos.⁷⁸

A despeito das múltiplas formas de avenças travadas entre a Administração e os particulares, seja com a preponderância de normas de direito público ou com a submissão a regras de direito privado, há os ditos contratos administrativos de natureza continuada, objeto de estudo deste trabalho.

2.1. Contratos administrativos de natureza continuada

Contrato administrativo de natureza continuada é o contrato de prestação de serviço⁷⁹ que atende a uma necessidade permanente da Administração e que, por tal característica, a sua interrupção compromete o funcionamento regular do órgão contratante.

O TCU tem concebido que a definição de natureza contínua para determinado serviço tem que ser feita caso a caso, levando em consideração as características do órgão contratante. É o que se extrai do Acórdão nº 132/2008 – Segunda Câmara:

⁷⁸As cláusulas exorbitantes são, hoje, objeto de questionamento, mormente quando se idealiza uma Administração Pública vinculada à noção de Estado Democrático de Direito. Para melhor entendimento do assunto, *vide*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 405-432.

⁷⁹Hely Lopes Meirelles define o contrato de serviço como “todo ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados. O que distingue, pois, o serviço da obra é a predominância da atividade sobre o material empregado”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 230-231.)

(...) 28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada.

29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.⁸⁰

A seu turno, a Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017 (IN nº 05/2017), traz, em seu art. 15, parágrafo único, o conceito de serviço de natureza continuada:

Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Parágrafo único. A contratação de serviços prestados de forma contínua deverá observar os prazos previstos no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.
(Grifos nossos)

A definição da IN nº 05/2017 parece ser a reprodução da jurisprudência do TCU, deixando evidente a natureza de essencialidade dos serviços de natureza continuada. O prazo aludido no parágrafo único, do artigo supramencionado, é o que determina a prorrogação por um período máximo de até 60 (sessenta) meses, nos termos do art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993, com redação dada pela Lei nº 9.648/1998⁸¹.

Nesse caminhar, Augusto Sherman Cavalcanti, ministro do TCU, em evento que discutia a terceirização no setor público, elaborou um exemplo sobre como identificar se um serviço é ou não de natureza continuada. Por sua clareza e didática, a passagem merece ser reproduzida:

Vamos pensar no serviço de manutenção de viaturas. Se eu pego, por exemplo, a polícia. Ela tem sua frota de viaturas. O serviço de manutenção de viaturas atende a uma atividade permanente da polícia? Evidente que sim. Eles trabalham diuturnamente com aquelas viaturas, então a manutenção de viaturas é um serviço contínuo para a polícia. Agora, pega um órgão que não tem praticamente viaturas, tem uma ou duas para atender a uma demanda específica. Para esse órgão, o serviço de

⁸⁰TCU. *Acórdão nº 132/2008*. Segunda Câmara. Relator: Aroldo Cedraz.

⁸¹Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

(Grifos nossos)

manutenção dessas viaturas pode ser feito esporadicamente em uma concessionária ou uma oficina, sem que seja um serviço contínuo.⁸²

Em síntese, é necessário um exame circunstancial para definir se um serviço é considerado contínuo ou não. Não há como estabelecer um rol taxativo de serviços contínuos, tendo em vista a necessidade de analisar o contexto fático de cada contratação.⁸³

2.2. Equilíbrio econômico-financeiros dos contratos administrativos

Quando se fala em equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sejam os de cunho administrativo ou de direito privado, remete-se à ideia de manutenção das condições contratuais inicialmente celebradas, em termos de encargos e prestações assumidas pelas partes. Luciano Medeiros de Andrade Bicalho, de modo objetivo, aponta que:

Nos contratos sinalagmáticos, isto é, naqueles contratos em que as partes estabelecem obrigações recíprocas, quando da formalização do acordo é firmada uma relação entre os custos da prestação a cargo de uma das partes a ser pago pela outra. A essa relação convencionou-se chamar de equação econômico-financeira do contrato.⁸⁴

Percebe-se, assim, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é formado quando o particular apresenta sua proposta e esta é aceita pela Administração, seja na licitação ou na contratação direta (nos termos no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993).⁸⁵

Desse modo, a equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, formada por ocasião da contratação (licitação ou contratação direta), e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato.⁸⁶

⁸²*Anais do ciclo de seminários: terceirização no setor público com ênfase na Instrução Normativa MP nº 05/2017*. Antônio Carlos Fini, Hércules Barros, Maria de Fátima (organizadores). Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2018, pp. 42-43.

⁸³REQUI, Erica Miranda dos Santos. *Serviços contínuos: caracterização*. Zênite. Disponível em < <https://www.zenite.blog.br/servicos-continuos-caracterizacao/>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

⁸⁴BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018, p. 903.

⁸⁵GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 370.

⁸⁶JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 388.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é garantia que encontra fundamento no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que determina a manutenção, a longo da execução contratual, das condições efetivas da proposta, a saber:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, *mantidas as condições efetivas da proposta*, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(Grifos nossos)

De outra banda, a Lei nº 8.666/1993, no seu art. 58, § 1º, impõe que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

Ocorre que, ao longo da execução do contrato administrativo, surgem acontecimentos que, inevitavelmente, rompem com o equilíbrio da equação econômico-financeira. Daí a necessidade de se criar instrumentos que possibilitem o retorno às condições iniciais do contrato.

2.2.1. Instrumentos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo

Tendo em vista os múltiplos fatos do mundo da vida que ensejam o rompimento da equação econômico-financeira, o ordenamento jurídico oferece instrumentos que objetivam a manutenção das condições inicialmente pactuadas, de modo a reequilibrar os contratos administrativos.

A doutrina aponta, em quase unanimidade, para quatro instrumentos de reequilíbrio: o reajuste em sentido estrito, a repactuação, a atualização monetária e a revisão.⁸⁷

⁸⁷Nesse sentido, destacam-se: a) Lucas Rocha Furtado, “o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato compreende o estudo da teoria da imprevisão (ou recomposição), do reajuste e da

2.2.1.1. Reajuste em sentido estrito

O reajuste tem previsão no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/1993⁸⁸, nos arts. 2º e 3º, da Lei nº 10.192/2001⁸⁹, nos arts. 53 e 61, da IN nº 05/2017⁹⁰ (no âmbito da Administração Pública

repactuação (ou revisão)". (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 751); b) Ronaldo Coelho Lamarão, "o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato se divide cinco espécies distintas: o reajuste, a revisão, a repactuação, a atualização financeira e a correção monetária". (LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 119.); c) Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, "a legislação consagra diversos mecanismos para evitar o desequilíbrio dessa equação econômica no curso do contrato, o reajuste, a revisão, a atualização financeira e a repactuação". (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 255); d) Gabriela Verona Pércio, "a revisão, o reajuste e a repactuação são formas de concessão do reequilíbrio econômico-financeiro". (PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos Administrativos: Manual para Gestores e Fiscais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 187); e) Flávio Amaral Garcia, "as formas de reequilíbrio dos contratos administrativos (...) são, basicamente, o reajuste, a repactuação, a atualização monetária e a revisão". (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 373); f) Arthur Moura de Souza, "observa-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência em muitos casos têm confundido os conceitos que envolvem o reequilíbrio econômico-financeiro, que é o interesse pretendido, com os institutos que lhe servem de proteção, quais sejam, a revisão, o reajuste, a repactuação e atualização monetária". (SOUZA, Arthur Moura de. *Panorama do Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, nov./dez. 2014, p. 82); e g) Marçal Justen Filho, "(...) existem três instrumentos jurídicos para a recomposição da equação econômico-financeira da contratação administrativa. São eles: a revisão de preços, o reajuste de preços e a repactuação de preços". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 398.).

⁸⁸Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de *reajuste*, que *deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais*, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(Grifos nossos)

⁸⁹Art. 2º *É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.*

(...)

Art. 3º *Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

(Grifos nossos)

⁹⁰Art. 53. O ato convocatório e o contrato de serviço continuado deverão indicar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste em sentido estrito, com a previsão de índices específicos ou setoriais, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

(...)

Federal) e no art. 13, do Decreto n.º 9.507/2018⁹¹. O art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993⁹², determina, ao tratar das cláusulas necessárias nos contratos administrativos, que seja estabelecido o critério de reajustamento a ser adotado.

O reajuste de preços se afigura como meio de reposição de perdas geradas pela inflação. Consiste, desse modo, na indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática segundo a flutuação de índices predeterminados.⁹³

Nesse sentido, o TCU, por meio do Acórdão nº 1.246 – Primeira Câmara, consignou que:

O reajuste, objetiva compensar os efeitos da desvalorização da moeda nos custos de produção ou dos insumos utilizados, reposicionando os valores reais originais pactuados. Como se relaciona a fatores previstos antecipadamente, as partes estabelecem, já nos termos do contrato, o critério para promover esse reequilíbrio (...).⁹⁴

Destarte, o reajuste representa um mecanismo, previamente definido em contrato, que objetiva recompor os valores contratuais, aplicando-se índice setorial fixado, sendo

Art. 61. *O reajuste em sentido estrito, como espécie de reajuste contratual, consiste na aplicação de índice de correção monetária previsto no contrato, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.*

§ 1º *É admitida estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano, desde que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra.*

§ 2º O reajuste em sentido estrito terá periodicidade igual ou superior a um ano, sendo o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, a data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir, ou, no caso de novo reajuste, a data a que o anterior tiver se referido.

§ 3º São nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

§ 4º *Nos casos em que o valor dos contratos de serviços continuados sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos, poderá ser adotado o reajuste de que trata este artigo.*

(Grifos nossos)

⁹¹Art. 13. *O reajuste em sentido estrito, espécie de reajuste nos contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra, consiste na aplicação de índice de correção monetária estabelecido no contrato, que retratará a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.*

§ 1º *É admitida a estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano, desde que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra.*

§ 2º Nas hipóteses em que o valor dos contratos de serviços continuados seja *preponderantemente formado pelos custos dos insumos, poderá ser adotado o reajuste de que trata este artigo.*

(Grifos nossos)

⁹²Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - *o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;*

(Grifos nossos)

⁹³JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 400.

⁹⁴TCU. *Acórdão nº 1.246/2012*. Primeira Câmara. Relator: José Mucio Monteiro.

desnecessária, ou inexigível, a demonstração pelo particular da ocorrência de efetiva variação de custos.

Registre-se que o índice a ser aplicado deve ser específico para cada setor, de modo a refletir a real variação dos preços dos insumos necessários à execução da avença. A utilização de índices gerais deve ser medida excepcional, apenas quando inexistir índice específico para o setor de mercado referente ao objeto da contratação⁹⁵, consoante a determinação do art. 40, XI, da Lei nº 8.666/1993, com redação dada pela Lei nº 8.883/1994.

Recentemente, alterações normativas, no âmbito da Administração Pública federal, estabeleceram duas concepções de reajuste: o reajuste em sentido estrito, que é o conceito supramencionado, conforme determina o art. 13, do Decreto nº 9.507/2018, e os arts. 53 e 61, da IN nº 05/2017; e a repactuação - objeto de análise do subitem 2.2.1.2.

Nesse lastro, o art. 61, da IN nº 05/2017, repetiu o que já se entendia jurisprudencialmente a respeito do reajuste em sentido estrito. O normativo estabelece que o reajuste deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, aplicando-se índices específicos ou setoriais. Determina, igualmente, que o reajuste é aplicado em contratos cujo prazo de duração é igual ou superior a um ano (art. 61, § 1º). Ainda, proíbe que o reajuste produza efeitos financeiros em período inferior a um ano, contados da data prevista para a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir (art. 61, §§ 2º e 3º)⁹⁶.

Contudo, a inovação é em relação à vedação da utilização do reajuste em contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra (art. 61, § 1º), facultando-se sua aplicação nos contratos de serviços continuados que sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos⁹⁷ (art. 61, § 4º).

Nesse mesmo sentido, o art. 13, do Decreto nº 9.507/2018, reafirmou a determinação contida no art. 61, § 1º, da IN nº 05/2017, ao dizer que “o reajuste em sentido estrito, espécie de reajuste nos contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra (...)”.

⁹⁵GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 374.

⁹⁶A regra, no ponto, não traz novidade, já que a Lei nº 10.192/2001, no art. 2º, § 1º, prevê ser “nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano”.

Também essa é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme exemplificado no acórdão nº 1.246/2012 – Primeira Câmara: “É vedado pela legislação em vigor o reajustamento contratual em período inferior a 12 meses”. (TCU. *Acórdão nº 1.246/2012*. Primeira Câmara. Relator: José Mucio Monteiro.)

⁹⁷A definição de insumos é a constante do Anexo I, item X, da IN SEGES/MP nº 05/2017, que estabelece que insumos são: uniformes, materiais, utensílios, suprimentos, máquinas, equipamentos, entre outros, utilizados diretamente na execução dos serviços.

O decreto também facultou a aplicação do reajuste em sentido estrito nos contratos de serviços continuados que sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos (art. 13, § 2º), na mesma sintonia do art. 61, § 4º, da IN nº 05/2017.

Em síntese, a regra é a aplicação do reajuste em sentido estrito em contratos de prestação de serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra (art. 61, § 1º, da IN nº 05/2017, combinado com o art. 13, do Decreto n.º 9.507/2018). Contudo, é possível a aplicação do reajuste em sentido estrito, em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que esses sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos (art. 61, § 1º, da IN nº 05/2017, combinado com o art. 13, § 2º, do Decreto n.º 9.507/2018).

Todavia, não há impedimento para que se utilize, em um mesmo contrato de natureza continuada, com dedicação exclusiva de mão de obra, o reajuste em sentido estrito, para recompor os preços dos insumos não relacionados à mão de obra, e a repactuação, para reajustar os valores referentes ao custo com a mão de obra⁹⁸. Até porque a combinação dessas técnicas, que incidem sobre aspectos de composição de custos distintos, é medida que contribui para uma gestão contratual mais eficiente, na medida em que reflete a variação mais próxima dos custos contratuais. É o que defende, no ponto, Ronaldo Coelho Lamarão:

(...)

Nada impedindo que se utilizem ambos institutos em um contrato, quando houver, por exemplo, prestação de serviços com fornecimento de insumos, pois não são incompatíveis entre si.

(...)

*Também é perfeitamente possível por uma questão de simplificação da gestão contratual que os insumos, que teriam seus preços readequados por reajuste, sejam incluídos na repactuação, prevendo o edital apenas uma única espécie de recomposição de preços que englobe, conforme jurisprudência do TCU.*⁹⁹

(Grifos nossos)

No mesmo caminho, a Advocacia Geral da União - AGU, em seus modelos de Termos de Referência, que são utilizados como parâmetro pelos demais órgãos públicos do Poder Executivo federal, tem registrado a plena viabilidade de aplicação do reajuste em sentido estrito e da repactuação, em um mesmo contrato de natureza continuada com dedicação exclusiva de mão de obra:

⁹⁸Os contratos de serviços executados com dedicação exclusiva de mão de obra possuem insumos de naturezas distintas, decorrentes tanto dos custos da mão de obra e de seus reflexos como dos demais insumos necessários à execução do contrato.

⁹⁹LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 97.

(...), diante do arcabouço normativo acima citado, das Orientações Normativas AGU n.º 23 e n.º 25 e de todo o trabalho interpretativo e de consolidação de entendimentos realizados nessa seara, a Comissão Permanente de Modelos de Licitações e Contratos da CGU *considera viável a adoção da repactuação para os insumos relacionados à mão de obra, combinada com a adoção de índices específicos, setoriais ou gerais para reajustamento dos insumos e materiais a ela não relacionados, nos contratos de serviços continuados executados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra dispensando-se a Administração de realizar pesquisa, levando em conta os aspectos do art. 57, § 2º, da IN 05/2017, para demonstrar o aumento desses custos.*¹⁰⁰
(Grifos nossos)

Também é esse o entendimento do TCU, que, no Acórdão nº 1.212/2013 – Plenário, deixou registrado o benefício econômico de se prorrogar, dispensada pesquisa de mercado, contratos administrativos de natureza continuada que contenham previsão contratual de reajuste para os itens envolvendo insumos (não relacionados à mão de obra) e repactuação, para os itens referentes à mão de obra:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:
(...)

9.1.17 *a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuada estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:*

9.1.17.1 *houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;*

9.1.17.2 *houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais;*¹⁰¹

(Grifos nossos)

Isto posto, é viável e recomendável, a utilização do reajuste em sentido estrito (atualização dos valores contratuais referentes aos insumos, por meio de índice específico fixado em contrato) e da repactuação (atualização dos custos relacionados à mão de obra), em contratos administrativos de natureza continuado com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

2.2.1.2. Repactuação

A repactuação encontra fundamento jurídico no art. 40, XI, combinado com o art. 55, III, ambos da Lei nº 8.666/1993 (quando se interpreta de modo amplo o conceito de reajuste,

¹⁰⁰Advocacia Geral da União. *Modelo de Termo de Referência*. Disponível em: < <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38375171> >. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹⁰¹TCU. Acórdão nº 1.214/2013. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz.

uma vez que Lei nº 8.666/1993 não prevê de forma expressa a repactuação), bem como no art. 12, do Decreto n.º 9.507/2018¹⁰², que revogou o Decreto nº 2.271/1997, primeiro normativo a prever a repactuação contratual, e, no âmbito da Administração Pública federal, nos arts. 54 a 60, da IN nº 05/2017¹⁰³. O TCU¹⁰⁴ e a AGU¹⁰⁵ entendem que a repactuação é uma espécie de reajuste contratual, classificando-a dentro do gênero “reajustamento”.

A IN nº 05/2017 e o Decreto n.º 9.507/2018, acompanharam esse entendimento, haja vista o art. 54, da instrução em destaque, dizer que a repactuação é “espécie de reajuste contratual”. De outra banda, o art. 13, do Decreto n.º 9.507/2018, interpretado *a contrario sensu*, coloca a repactuação no patamar de reajuste em sentido amplo.

De toda sorte, o certo é que a repactuação, assim como o reajuste, visa a recompor as perdas geradas pela inflação, no período de 12 (doze) meses. Todavia, uma das diferenças reside no fato de que, diferentemente do reajuste, em que se adota um índice setorial, na repactuação

¹⁰²Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que:

I - seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir, e

II - seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

(Grifos nossos)

¹⁰³Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

(Grifos nossos)

¹⁰⁴O Acórdão nº 1.563/2004 - Plenário, não deixa dúvidas a respeito:

(...)

19. Tanto o reajustamento de preços quanto a repactuação dos preços visam a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. A diferença entre o reajustamento de preços até então utilizado e a repactuação reside no critério empregado para a sua consecução, pois na primeira opção vincula-se a um índice estabelecido contratualmente e na segunda, à demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

20. Assim, seria defensável a existência do gênero reajustamento de preços em sentido amplo, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação, do qual são espécies o reajustamento de preços em sentido estrito, que se vincula a um índice, e a repactuação de preços, que exige análise detalhada da variação dos custos.

(...)

(TCU. Acórdão nº 1.563/2004. Primeira Câmara. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti.)

¹⁰⁵É o que se extrai da Orientação Normativa nº 23/2009: “O edital ou o contrato de serviço continuado deverá indicar o critério de reajustamento de preços, sob a forma de reajuste em sentido estrito, admitida a adoção de índices gerais, específicos ou setoriais, ou por repactuação, para os contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos”. (Advocacia Geral da União. *Orientação Normativa nº 23/2009*. Disponível em < <https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189184>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.)

deverá ser apresentada pelo contratado a demonstração analítica, devidamente justificada, da variação dos custos componentes do contrato relacionados com a mão de obra.¹⁰⁶

Desse modo, um dos requisitos indispensáveis para o deferimento da repactuação é a demonstração da variação analítica dos custos do contrato (atrelados à mão de obra, frise-se), conforme previsão estabelecida no art. 12, II, do Decreto nº 9.507/2018, e no art. 57, da IN nº 05/2017.

O TCU, no ponto em destaque, possui entendimento já consolidado no sentido de que é imprescindível a demonstração da variação analítica dos custos incorridos pelo particular contratado, como condição para o deferimento da repactuação. Há uma série de deliberações que tratam desse assunto, de modo a exemplificar, remete-se aos seguintes julgados: Acórdão nº 1.828/2008 – Plenário¹⁰⁷, Acórdão nº 161/2012 - Plenário¹⁰⁸ e Acórdão nº 1.574/2015 – Plenário¹⁰⁹.

A IN nº 05/2017 estabelece, em seu art. 57, § 2º, que a variação dos custos decorrentes do mercado, na repactuação, somente será concedida mediante a comprovação, pela empresa contratada, do aumento dos custos considerando-se: os preços praticados no mercado ou em

¹⁰⁶GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 382.

¹⁰⁷(...) 10.6. A melhor forma de interpretar a repactuação é como uma espécie do já mencionado instituto de reajuste, pois a repactuação também se destina a compensar o desequilíbrio econômico-financeiro resultante do aumento dos custos de execução do contrato causado pela inflação. 10.7. A diferença fundamental entre os dois institutos é que, enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua."

(TCU. Acórdão nº 1.828/2008. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 22/08/2008.)

¹⁰⁸(...) 5. A repactuação se apresenta com um mecanismo para preservar a relação econômico-financeira dos contratos de serviços contínuos, porém devendo ser respeitado o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes de custo do contrato, devidamente justificada, e não se aplica ao presente caso porque não houve o detalhamento da proposta do licitante vencedor demonstrando a representatividade de cada profissional envolvido no projeto na composição do ponto de função, bem como planilhas de custos dos profissionais. (TCU. Acórdão nº 161/2012. Plenário. Relator: Valmir Campelo.)

¹⁰⁹(...) 27. O objeto licitado não se enquadra nem como serviço continuado, nem como atividade com dedicação exclusiva de mão de obra. Assim, o edital deveria prever o uso do instituto do reajuste, e não da repactuação. Como deixei registrado no voto condutor do Acórdão 1.827/2008-TCU-Plenário, o reajuste de preços é a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo. Por sua vez, a repactuação, referente a contratos de serviços contínuos, ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços. (TCU. Acórdão nº 1.574/2015. Plenário. Relator: Benjamin Zymler.)

outros contratos da Administração (art. 57, § 2º, I); as particularidades do contrato em vigência (art. 57, § 2º, II); a nova planilha com variação dos custos apresentada (art. 57, § 2º, III); indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes (art. 57, § 2º, IV); e a disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante (art. 57, § 2º, V).

Outra distinção, já apontada no subitem 2.2.1.1, reside na aplicação da repactuação em contratos de natureza continuada com disponibilização de mão de obra, nos termos do que determina o art. 12, do Decreto nº 9.507/2018, e o art. 57, da IN nº 05/2017. A jurisprudência do TCU é uníssima quanto a essa característica da repactuação.¹¹⁰

Os serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o contratado aloca empregados para trabalhar continuamente nas dependências do órgão, muitas vezes com dedicação exclusiva. A execução dos serviços segue uma rotina específica estabelecida e supervisionada pelo órgão. São os típicos contratos de terceirização (limpeza, vigilância, recepção, portaria etc.).¹¹¹

Nesse aspecto, considerando a necessidade de se provar analiticamente a variação dos custos contratuais, o entendimento firmado pelo TCU, por meio do Acórdão nº 1.827/2008 - Plenário, é de que o direito ao realinhamento dos valores do contrato surge no momento da majoração de seus custos, cabendo à Administração o mero reconhecimento de direito preexistente ao pedido. Ou seja, os efeitos financeiros da repactuação devem ser reconhecidos desde a data do fato gerador que ocasionou o aumento (ou diminuição) dos valores contratuais.

É o que ocorre, por exemplo, com as Convenções Coletivas de Trabalho – CCT ou Acordos Coletivos de Trabalho - ACT¹¹², apresentados como fundamento normativo para repactuar o contrato. Nessas situações, o efeito financeiro da repactuação deve retroagir à data dos reajustes estabelecida na respectiva CCT ou ACT, de modo a compensar o ônus suportado pelo contratado e manter o equilíbrio econômico-financeira do contrato.

¹¹⁰É o que se observa a partir do Acórdão nº 1.488 – Plenário:

(...) a repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada apenas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.
(TCU. Acórdão nº 1.488/2016. Plenário. Relator: Vital do Rêgo.)

¹¹¹Advocacia Geral da União. *Orientação Normativa nº 23/2009*. Disponível em < <https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189184>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹¹²A CCT é um acordo firmado entre dois sindicatos, representantes da classe empregatícia e laboral. O ACT é um acordo firmado entre o sindicato dos empregados e determinada empresa.

Ainda sobre os efeitos da repactuação, o art. 57, § 1º, da IN nº 05/2017, determina que não se deve conceder, quando da análise do pedido de repactuação, benefício já existente à época da proposta de lances e não oferecido pela licitante, de forma a se garantir a vitalidade do princípio da isonomia, conforme art. 3º da Lei nº 8.666/1993. No mesmo entender, deságua a jurisprudência do TCU, consubstanciada no Acórdão 1.563/2004 – Plenário¹¹³.

2.2.1.3. Atualização Monetária

A atualização monetária (ou compensação financeira), de modo singelo, refere-se à correção dos valores devidos ao contratado, quando ocorre atraso no pagamento. É, portanto, mera recomposição do valor da moeda. O instituto está previsto no art. 40, XIV, “c”, da Lei nº 8.666/1993¹¹⁴. O TCU, por meio do Acórdão nº 2.316/2017 – Plenário, consignou que:

19.3.14 A compensação financeira pode ser *aplicada nos casos em que o contratado tiver executado o objeto ou cumprido a obrigação e a Administração não tenha efetuado o pagamento dentro do prazo estipulado no ato convocatório e no contrato (...).*

¹¹³(...) 9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995-Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, *vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;*

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995-Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97;

9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o art. 2º da Lei 10.192/2000 e o art. 5º do Decreto 2.271/97;

9.1.6. nas hipóteses previstas nos itens 9.1.3 e 9.1.4 deste Acórdão, a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada, conforme preceitua o art. 5º do Decreto 2.271/97;

(Grifos nossos)

(TCU. Acórdão nº 1.488/2016. Plenário. Relator: Augusto Sherman.)

¹¹⁴Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

(...)

c) *critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;* (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(Grifos nossos)

19.3.15 Quando aplicável, a compensação financeira deve ser calculada com base em critérios previamente estabelecidos obrigatoriamente no ato convocatório e no contrato.¹¹⁵

Assim, a atualização monetária, similarmente ao reajuste, objetiva manter atualizado o valor nominal do contrato, de maneira a compensar os efeitos da inflação. Ocorre que na atualização monetária, que pressupõe atraso no pagamento devido ao contratado, constitui-se verdadeira dívida de valor, em consequência do atraso. Nesse caso, requer-se a aplicação de um índice geral de correção inflacionário, diferentemente do que sucede no reajuste, que exige índice setorial, sendo exceção a utilização de índices gerais.¹¹⁶

2.2.1.4. Revisão

A revisão de preços tem relação com a incidência de eventos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências inevitáveis, que possam ocorrer ao longo da execução do contrato. A doutrina especializada relaciona a revisão com a teoria das áleas.¹¹⁷ Com base nessa teoria, tem-se a álea ordinária (empresarial), que corresponde aos eventos inerentes a qualquer tipo de negócio, e a álea extraordinária, que, por sua vez, divide-se em álea administrativa, decorrente de uma ação estatal, a exemplo da alteração unilateral¹¹⁸, do fato do príncipe¹¹⁹ e do fato da administração¹²⁰, e álea econômica, resultante de circunstâncias exógenas ao contrato e à vontade das partes.

¹¹⁵TCU. *Acórdão nº 2.316/2017*. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz.

¹¹⁶GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 384.

¹¹⁷Flávio Amaral Garcia observa que: “a percepção contemporânea do tema é a de que à teoria das áleas, abstratamente considerada, deveria ser acrescida uma partilha de riscos definida objetivamente no instrumento contratual, o que já é uma realidade nos contratos de parceria público-privada e mesmo nas concessões comuns”. (Ibidem, p. 386.)

¹¹⁸É lícito à Administração Pública proceder à alteração unilateral do contrato em duas hipóteses: (a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica; (b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (Lei nº 8.666/1993, art. 65, I, a e b). Nesses casos, é obrigação da Administração restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido.

¹¹⁹Para Maria Sylvia Zanella di Pietro: fato do príncipe “(...) seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele (...)”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 315.)

¹²⁰Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, colhe-se que o fato da administração é: “(...) o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 671.)

Imperioso destacar que a revisão é aplicada na órbita da álea extraordinária. Isso porque a álea ordinária é referente aos condicionantes inerentes ao negócio pactuado. Para os casos em que a equação econômico-financeiro é maculada em consequência de alterações na álea ordinária, aplica-se o reajuste em sentido estrito e/ou a repactuação, conforme o caso. Necessário, todavia, conforme defende parcela da doutrina, que o contrato preveja, em cláusula específica, o reajuste ou a repactuação, o subitem 2.2.2 abordará este tema com maior profundidade.¹²¹

Evidente, de igual modo, que ao prever o critério de reajustamento a ser utilizado no contrato, reajuste em sentido estrito e/ou repactuação, as partes preveem a atualização dos preços contratuais, conforme a racionalidade própria do negócio. Contudo, a revisão, na ocorrência da álea extraordinária, vai além da mera atualização de preços contratuais, podendo incidir sobre quaisquer cláusulas, como as que dizem respeito ao objeto, ao prazo e outras condições do contrato.¹²² Por isso é que a revisão, haja vista a imprevisão e a inevitabilidade da sua ocorrência, independe de previsão expressa em contrato.¹²³

A revisão contratual, portanto, aplica-se na lógica da álea extraordinária. Relaciona-se, também, a álea extraordinária econômica com a teoria da imprevisão. Na explanação, sempre acurada, de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.¹²⁴

Concebe-se, em vista disso, que a teoria da imprevisão (*théorie de l'imprévision*) nada mais é do que uma exceção à regra de cumprimento obrigatório dos contratos¹²⁵. Bem dizer, é uma ressalva ao brocado romano *pacta sunt servanda*¹²⁶, em vista da modificação das condições

¹²¹É o que sustenta Lucas Rocha Furtado, consignando que: “nos contratos administrativos, os mecanismos de reequilíbrio financeiro devem estar expressamente previstos nos instrumentos contratuais e em lei”. (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 752.)

¹²²GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 385.

¹²³LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 180.

¹²⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 318.

¹²⁵BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018, p. 906.

¹²⁶Geraldo Evangelista Lopes esclarece que: “*Pacta sunt servanda* pode ser traduzido como a afirmação de força obrigatória que os pactos, contratos ou obrigações assumidas devem ser

iniciais do negócio. Modificações essas que não resultam da vontade das partes, são imprevisíveis e inevitáveis. É, em síntese, a noção de que as obrigações contratuais devem ser entendidas em função das circunstâncias que delimitaram a constituição da relação contratual, manifestando-se na máxima romana *rebus sic stantibus*¹²⁷.

A teoria da imprevisão desenvolveu-se a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês, no célebre caso *Gaz de Bordeaux*, de 1916¹²⁸. Na França, quando se aplica a teoria da imprevisão, os prejuízos são divididos, já que não decorrem da vontade das partes. No Brasil, adota-se posicionamento distinto: seja a álea extraordinária administrativa (alteração unilateral, fato do príncipe ou fato da administração) ou álea extraordinária econômica (teoria da imprevisão), o contratado tem garantido o direito à manutenção do equilíbrio econômico financeiro.¹²⁹ O fundamento legal, para tal desiderato, reside no art. 37, XXI, da CF, como já observado, e no art. 65, II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para *restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito*

respeitados e cumpridos integralmente. Tem por ideia que o contrato celebrado foi firmado por iniciativa das partes, alicerçado na autonomia da vontade destes. Assim, cumpre a estes honrarem todo o pacto estabelecido. Sob esse aspecto é inadmissível a intervenção externa para alteração do estabelecido livremente entre os contratantes”. (LOPES, Geraldo Evangelista. *As cláusulas pacta sunt servanda e rebus sic stantibus e suas consequências jurídicas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 167, dez. 2017, Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19969&revista_caderno=7>. Acessado em 05 de maio de 2019.)

¹²⁷A seu turno, *Rebus sic stantibus*, traduz-se como “a manutenção do contrato enquanto as coisas estejam assim, ou seja, desde que mantidas as mesmas condições quando da elaboração do contrato/pacto, para todas as partes envolvidas. Essa é a exceção a obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) de cumprimento dos contratos pois que, havendo excessiva onerosidade à uma das partes, poderá referido contrato ser revisto e ter alteradas suas cláusulas, visando manter-se o equilíbrio idêntico ao do momento em que este foi firmado”. (Ibidem)

¹²⁸Ensina Odete Medauar que: “(...) Essa teoria teve origem na jurisprudência do Conselho de Estado francês, em 1916, no caso “Gaz de Bordeaux”, relativo a um contrato de concessão de serviço público de distribuição de gás de iluminação, afetado por grande alta de preços do carvão, durante a guerra. Seus fundamentos são os seguintes: princípio da continuidade do serviço público; trazer solução à situação extracontratual, imprevisível e estranha à vontade das partes; e, principalmente, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226.)

¹²⁹GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 386.

ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
(Grifos nossos)

Odete Medauar, ao comentar o artigo em destaque, esclarece que:

A alínea d diz respeito à chamada teoria da imprevisão, que, em síntese, se expressa no seguinte: circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão álea extraordinária.¹³⁰
(Grifos nossos)

Assim, o art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993, expressamente reconheceu a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos, tendo por fato gerador a superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, que onerem excessivamente uma das partes.¹³¹ O excerto também ressalta os casos de força maior, o caso fortuito¹³² e o fato do príncipe.

Ressalte-se que não é qualquer alteração na relação contratual que se compatibiliza com a teoria da imprevisão. Além do requisito da imprevisibilidade do fato ou, ainda que seja previsível, seja o mesmo de consequência incalculável, conforme determina o art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993, é indispensável que se estabeleça o vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos da empresa.¹³³ Marçal Justen Filho, ao analisar o tema, traz inteligível análise, a saber:

A revisão de preços envolve análise ampla e minuciosa da situação do particular e abrange várias etapas. A primeira consiste na verificação de todos os custos originalmente previstos pelo contratado para a formulação de sua proposta. A segunda etapa é a investigação dos custos que efetivamente oneraram o particular ao longo da execução do contrato. A terceira etapa é a comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível e superveniente apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes. A quarta etapa reside na adoção de

¹³⁰MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226.

¹³¹BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018, p. 907.

¹³²A força maior e o caso fortuito, em ocorrendo, ocasionam o rompimento da relação contratual, em consequência da impossibilidade de continuação do negócio, consoante a previsão do art. 78, XVII, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

¹³³LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 178.

providência destinada a reduzir os encargos ou a ampliar as vantagens, de modo a assegurar a manutenção da relação original.¹³⁴

Desse modo, é necessário, como acima apontado, a comprovação dos custos que efetivamente oneraram o particular. A invocação genérica de fatos não se presta como fundamento para a concessão da revisão. Nesse particular, o TCU, em reiteradas manifestações (Acórdão nº 12.460/2016 - Segunda Câmara¹³⁵ e Acórdão nº 3.495/2012 - Plenário¹³⁶, por exemplo) tem apontado para a necessidade de demonstração inequívoca da alteração dos custos do contrato, em decorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado.

Além disso, importa ressaltar que, assim como o reajuste em sentido estrito e a repactuação, a revisão também prospera no interesse da Administração. Bem dizer, ela não resulta apenas em elevação de custos em favor do contratado.

Por fim, para fixar, de modo didático e objetivo, as espécies de reequilíbrio econômico-financeiro, a tabela a seguir demonstra os elementos característicos de cada instrumento:

¹³⁴JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 399.

¹³⁵O reequilíbrio econômico-financeiro de contrato deve estar lastreado em documentação que comprove, de forma inequívoca, que a alteração dos custos dos insumos do contrato tenha sido de tal ordem que inviabilize sua execução. Além disso, deve a alteração ter sido causada pela ocorrência de uma das hipóteses previstas expressamente no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993. (TCU. *Acórdão nº 12.460/2016*. Plenário. Relator: Vital do Rêgo.)

¹³⁶O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato é caracterizado pela comprovação, inequívoca, de alteração nos custos dos insumos do contrato. Essa alteração deve ser em montante de tal ordem que inviabilize a execução do contrato, em decorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (TCU. *Acórdão nº 3.495/2012*. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz.)

Tabela 1 - Síntese dos instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro

	REAJUSTE <i>(em sentido estrito)</i>	REPACTUAÇÃO	ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	REVISÃO
Previsão Legal	Art. 40, XI, e art. 55, III, ambos da Lei nº 8.666/1993; arts. 2º e 3º, da Lei nº 10.192/2001; art. 13, do Decreto nº 9.507/2018; e, no âmbito da Administração Pública Federal, arts. 53 e 61, da IN nº 05/2017	Art. 12, do Decreto nº 9.507/2018; e, no âmbito da Administração Pública Federal, nos arts. 54 a 60, da IN nº 05/2017	Art. 40, XIV, "c", da Lei nº 8.666/1993	Art. 37, XXI, da CF, e no art. 65, II, alínea "d", da Lei nº 8.666/1993
Objetivo	Compensar os efeitos da desvalorização da moeda nos custos de produção ou dos insumos utilizados, reposicionando os valores reais originais pactuados	Recomposição dos custos dos insumos relacionados à mão de obra nos contratos de natureza continuada	Correção dos valores devidos à contratada, quando ocorre atraso no pagamento	A compensação referente à superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, que onerem excessivamente uma das partes
Prazo para Concessão?	Sim. Doze meses, a contar da data da apresentação da proposta, ou do orçamento a que está se referir, ou do último reajuste (art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001, e art. 61, §§ 2º e 3º, da IN nº 05/2017)	Sim. Interregno mínimo de um ano contado das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir ou, nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação (arts. 54, 55 e 56, todos da IN nº 05/2017)	A partir da data final do período de adimplemento de cada parcela até a data efetivo pagamento	Não há prazo
Previsão em Edital e Contrato?	Sim. Conforme arts. 40, XI, e 55, XIII, ambos da Lei nº 8.666/1993; art. 53, da IN nº 05/2017; e a jurisprudência do TCU	Sim. Conforme arts. 40, XI, e 55, XIII, ambos da Lei nº 8.666/1993; art. 53, da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017; e a jurisprudência do TCU	Sim. Conforme art. 40, XIV, "c", da Lei nº 8.666/1993; e a jurisprudência do TCU	Não, tendo em vista a imprevisibilidade dos acontecimentos

Tabela elaborada pelo autor.

2.2.2. Há direito subjetivo ao reequilíbrio econômico-financeiro?

A CF estabelece como garantia ao particular que contrata com a Administração Pública o direito à manutenção das condições efetivas da proposta, consoante é a determinação do art. 37, XXI. Daí se extrai a fundamentação constitucional para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Conforme destacado nos subitens anteriores, o reequilíbrio econômico-financeiro é gênero que comporta quatro espécies: o reajuste em sentido estrito, a repactuação, a atualização monetária e a revisão. As três primeiras relacionam-se com a álea ordinária e a segunda é vinculada à álea extraordinária.

Quando se questiona a respeito do direito subjetivo do contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro, não se põe em dúvida a obrigação constitucional de garantir ao contratado a atualização das condições da proposta, que resultaram na efetivação do contrato administrativo.

Sucedee que, para parcela da doutrina¹³⁷ e do TCU¹³⁸, se a alteração versar sobre aspectos da álea ordinária, os mecanismos de reequilíbrio devem estar obrigatoriamente previstos em contrato, caso contrário o contratado não terá direito ao reequilíbrio de preços. É o que defende Flávio Amaral Garcia:

Sem prejuízo de outras linhas de interpretação que acolham orientação diversa, parece incabível a concessão de reajuste na hipótese de omissão nos instrumentos convocatório e contratual. Isto porque, se o edital e o contrato nada previram, parte-se da premissa de que o preço a ser ofertado é irrealizável e que o licitante já incluiu na sua proposta de preços a não incidência de reajuste no valor original. (...) A falta de previsão do reajuste não é motivo novo, mas fato já conhecido desde o início da realização da licitação.¹³⁹

Isso porque, como se trata de álea ordinária, variações inerentes ao objeto do negócio, previsíveis e evitáveis, a ausência de cláusula de reajuste em sentido estrito, repactuação e atualização monetária, não obriga a Administração a recompor os custos contratuais, se os eventos ocasionados se relacionam às condições indissociáveis do objeto contratado.

Outro argumento arguido é o de que, quando da publicação do edital, o licitante, assim como qualquer cidadão, tem o direito de questionar os termos do edital (art. 41, § 1º, da Lei nº 8.666/1993). Por conseguinte, se o licitante não questionou a ausência de cláusula de reequilíbrio, não poderia o mesmo, sagrando-se vencedor do certame e após celebração do contrato, requerer a aplicação de reajuste em sentido estrito e/ou repactuação. Isso seria medida que afrontaria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º, da Lei nº 8.666/1993).

¹³⁷Para exemplificar, têm-se: BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018, p. 911; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 379; e, FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 758. Em sentido contrário, colhe-se a manifestação de Marçal Justen Filho: “a previsão da cláusula de reajuste não é uma mera faculdade da Administração. Estando presentes os pressupostos (basicamente o decurso de prazo superior a doze meses entre a data de apresentação das propostas e a data da liquidação das obrigações), será obrigatória a existência de cláusula de reajuste”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 534)

¹³⁸Nesse sentido, tem-se o Acórdão nº 2.703/2011 – Primeira Câmara:

(...)

4. Também houve ofensa ao princípio da isonomia entre os licitantes, em decorrência da celebração de termos aditivos para concessão de reajuste não previsto no instrumento convocatório, assim como descumprimento das disposições do art. 65 da Lei de Licitações e Contratações. O reequilíbrio econômico-financeiro de contrato somente se justifica na ocorrência de fato imprevisível, ou previsível de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado, o que não ocorreu no caso em exame. (TCU. *Acórdão nº 2.703/2011*. Primeira Câmara. Relator: José Mucio Monteiro.)

¹³⁹GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 379.

O art. 40, XI, e o art. 55, III, ambos da Lei nº 8.666/1993, são utilizados como fundamento legal pelos que sustentam esse entendimento, haja vista o art. 40, XI, determinar que o “edital (...) indicará, obrigatoriamente, (...) critério de reajuste” e o art. 55 dizer que “são cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam (...) os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária (...)”. Ou seja, interpreta-se que, se o edital e o contrato não trazem tais cláusulas, não há obrigatoriedade da Administração em reajustar os preços contratuais, por força dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da garantia da isonomia da licitação.¹⁴⁰

Registre-se, também, que, mesmo quando o edital e o contrato preveem hipóteses de reajustamento contratual (reajuste em sentido estrito e repactuação), o contratado pode ter seu direito precluso, caso ocorra a prorrogação da avença e não seja solicitado o reajustamento ou ressalvado o interesse em reajustar os valores contratuais em momento oportuno.¹⁴¹

¹⁴⁰Há manifestações da AGU que corroboram essa tese, a exemplo do Parecer nº 00566/2016/CJU-PE/CGU/AGU:

(...)

Ante todo o exposto, opina-se pelo acolhimento do posicionamento do Parecer n.00444/2016/CJU-PE/CGU/AGU/JA, por entendermos:

1. que o reajuste de preços em sentido estrito deve estar previsto nos editais e contratos firmados pela Administração federal, conforme estabelecem a Lei 8.666/93, em seus arts. 40, XI, 55, III, bem como dos arts. 1º, 2º e 11 do Decreto 1.054, de 1994; e a Orientação Normativa AGU nº 23;
2. que é possível que as partes acordem que os valores contratados serão fixos e irreajustáveis de forma expressa ou tácita, vez que se trata de direito disponível; e
3. que ausente a previsão em edital e contrato de cláusula de reajuste é possível a impugnação ao edital, mas não é lícito aditar ao contrato, nesse aspecto, por afrontar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como o princípio da isonomia dos licitantes.

(Advocacia Geral da União. *Parecer nº 00566/2016/CJU-PE/CGU/AGU*. Disponível em: < <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/12190325> >. Acesso em: 20 de maio de 2019.)

¹⁴¹Esse é o entendimento do TCU, consubstanciado no Acórdão nº 1.827/2008 – Plenário:

(...) 3. A repactuação de preços não foi editada pelo Decreto nº 2.271/97 como figura jurídica autônoma, mas como espécie de reajuste de preços, a qual, ao contrário de valer-se da aplicação de índices de preços, adota apenas a efetiva alteração dos custos contratuais. Desse modo, não há se falar em inconstitucionalidade quanto ao aspecto previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal.

4. Sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93) e, tendo a lei vigência imediata, forçoso reconhecer que não se trata, aqui, de atribuição, ou não, de efeitos retroativos à repactuação de preços. A questão ora posta diz respeito à atribuição de eficácia imediata à lei, que concede ao contratado o direito de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado.

5. A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica.

Também é o que estabelece o art. 57, §7º, da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017: Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

(...)

Por sua vez, como já explanado, em se tratando de álea extraordinária, seja administrativa ou econômica, ensejando a incidência da revisão contratual, entende-se que não há a necessidade de previsão contratual expressa. Ou seja, não é necessário existir cláusula contratual que autorize a revisão. O raciocínio é simples, se o evento é imprevisível e, mesmo que o seja, suas consequências são inevitáveis, não há como prever tais circunstâncias em contrato. É o que se extrai da doutrina¹⁴², nesse caso, sem divergências, e da jurisprudência do TCU¹⁴³.

Portanto, concebe-se que, conforme defende a doutrina especializada e o TCU, o contratado tem direito subjetivo, cumpridos os demais requisitos inerentes ao instrumento, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando se tratar de revisão contratual (art. 37, XXI, da CF, e art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993). Todavia, ao referir-se à álea ordinária, reajustamento contratual (reajuste em sentido estrito e a repactuação) e à atualização monetária, parte da doutrina sustenta que o direito ao reequilíbrio, na hipótese, só existe se houver previsão no edital e no contrato. Há julgados do TCU que confirmam essa posição, mas a jurisprudência da Corte de Contas da União parece ponderar para ambos os lados: o que entende ser direito subjetivo do contratado, mesmo estando ausente a regra de reajustamento no ato convocatório e no contrato¹⁴⁴, e o que exige determinação expressa em contrato.¹⁴⁵

§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.

¹⁴²Por todos, Ronaldo Coelho Lamarão: “(...) ao contrário dos demais institutos, a revisão não precisa vir expressa no instrumento convocatório e pode ser concedida a qualquer momento (...)”. (LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 180.)

¹⁴³Na esteira do Acórdão nº 2.055/2013 – Plenário:

(...) 38. No que se refere à definição das hipóteses de caso fortuito e força maior, reitero as razões ofertadas no despacho por mim proferido. O caráter aberto das normas jurídicas e das previsões editalícias é justificável, na maioria das vezes, pela impossibilidade de se prever todas as situações fáticas sobre as quais devam incidir as hipóteses normativas.

39. Nesse sentido, a configuração das situações de caso fortuito e forma maior deve ser demonstrada em cada situação concreta, podendo os eventuais prejudicados se socorrer de todos os elementos de prova cabíveis para demonstrar a materialidade e o prejuízo advindo das situações fortuitas e de força maior.

40. Desse modo, a despeito da alegação de insegurança jurídica ou do temor da representante quanto à suposta interpretação restritiva dos institutos pela ECT, compreendo não ser razoável partir da premissa de que a entidade irá desprezar a jurisprudência e o entendimento doutrinário acerca da teoria da imprevisão. Por esses motivos, considero improcedente tal alegação das representantes. (TCU. *Acórdão nº 2.055/2013*. Plenário. Relator: Benjamin Zymler.)

¹⁴⁴Nesse sentido, *vide*: *Acórdãos nº 1.685/2000, 963/2010, 714/2016 e 2.205/2016*, todos do Plenário.

¹⁴⁵Nesse sentido, *vide*: *Acórdãos nº 1.621/2012, 2.055/2013, 477/2015 e 209/2017*, todos do Plenário.

CAPÍTULO III

3. O DIREITO ADMINISTRATIVO CONSENSUAL E O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE NATUREZA CONTINUADA

Conforme abordado no Capítulo I, a consensualidade no direito administrativo é consequência, primordialmente, do fluxo principiológico advindo a partir do Estado Democrático de Direito. A consensualidade administrativa, aqui entendida no sentido estrito do termo, concertação administrativa, diz respeito à utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos. Nesse aspecto, pode-se afirmar que os principais métodos alternativos ao Poder Judiciário de solução de conflitos são: a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.¹⁴⁶

Observa-se que a negociação, a mediação e a conciliação são formas de autocomposição de conflitos, tendo em vista que as partes solucionarão o conflito, com ou sem o auxílio de um terceiro. Ocorre que na conciliação, diferentemente da mediação, o conciliador (terceiro), pode exercer papel mais ativo no deslinde da questão. Mas a diferença entre mediação e conciliação é sutil.¹⁴⁷

A seu turno, a arbitragem é forma de heterocomposição de conflito, posto que as partes aceitam que a solução para a disputa seja proferida por uma terceira pessoa, o árbitro. O método da arbitragem é muito comum nos contratos administrativos de longa duração, especialmente nas avenças relacionadas às concessões de serviço público (setor rodoviário, ferroviário, aéreo, por exemplo).

No âmbito dos contratos administrativos, a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos é prática prestigiado por diversos normativos. O CPC, em seus arts. 174 e 175, como destacado no Capítulo I, escancara essa realidade, ao determinar a criação, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual dos conflitos.

Igualmente, a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, prescreve em seu art. 32, § 5º, que as câmaras de prevenção e resolução

¹⁴⁶OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 275.

¹⁴⁷Ibidem, p. 275.

administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Administração Pública, terão, entre outras, a competência para a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela Administração.¹⁴⁸

Por sua vez, a Lei nº 9.307/1996, com redação alterada pela Lei nº 13.129/2015, autoriza o uso da arbitragem pela Administração Pública (art. 1º, § 1º):

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)
(Grifos nossos)

Ainda, a arbitragem é autorizada em diversas leis que tratam da concessão de determinados serviços públicos, a exemplo dos seguintes normativos: Lei nº 8.987/1995, Lei Geral de Concessões; Lei nº 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações; Lei nº 9.478/1997, Lei de Petróleo e Gás; Lei nº 10.233/2001, Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres; Lei nº 10.438/2002, Lei do Setor Elétrico; Lei nº 11.079/2004, Lei das Parcerias Público-Privadas; Lei nº 11.909/2009, Lei de Transporte de Gás Natural; Lei nº 12.815/2013, Lei dos Portos; e Lei nº 13.448/2018, estabelece diretrizes para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal.¹⁴⁹

De igual modo, a Lei nº 12.462/2011, que estabelece o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), determina, em seu art. 44-A, com redação dada pela Lei nº 13.190/2015, que “poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados”.

¹⁴⁸Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

(...)

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

(Grifos nossos)

¹⁴⁹VALLE, Vivian Lima López. *Arbitragem administrativa e consensualidade: análise pontual do novo paradigma da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 209-245, set./dez. 2018.

Não fosse suficiente a autorização dada pelos normativos supramencionados, de modo a criar verdadeira atmosfera de resolução consensual de conflitos, no espaço da Administração Pública, o Projeto de Lei nº 1.292/1995, que revogará as Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, estabelecendo um novo marco para as licitações e contratações públicas no Brasil, vem confirmar, definitivamente, a questão da aplicação da consensualidade (concertação) no âmbito dos contratos administrativos, segundo determina o art. 149, parágrafo único:

Art. 149. Nas contratações regidas por esta Lei, *poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente, a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.*

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput às *controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, tais como, as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.*¹⁵⁰
(Grifos nossos)

À vista disso, a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, a despeito das diferenças que as caracterizam, são ferramentas que podem ser utilizadas pela Administração Pública, na esteira da consensualidade administrativa.

Porém, em consequência da finalidade deste trabalho, que é analisar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativo de natureza continuada, tendo como substrato a noção de consensualidade administrativa, no sentido estrito do termo, concertação administrativa, o método alternativo de resolução de conflito a ser analisado será o da negociação.

Afasta-se, propositadamente, a análise dos demais métodos por força das seguintes inclinações. A arbitragem, em tese, é plenamente aplicável aos contratos de natureza continuada, todavia, ponderando-se os custos relacionados com a sua aplicação, esse método tende a ser mais utilizado em contratos de maior vulto, com prazo de duração alongado, a exemplo dos contratos de concessão de serviço público. Os contratos de natureza continuada, apesar de caracterizarem-se pela essencialidade e perenidade, em geral, não contabilizam cifras vultosas. Além disso, o prazo máximo de duração a que estão submetidos é de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993. Por conseguinte, não se repudia o uso da

¹⁵⁰Projeto de Lei nº 1.292, de 1995. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 06 de junho de 2019.

arbitragem, apenas tenta-se explorar um método mais simples e adequado de resolução de conflito, na órbita dos contratos de natureza continuada.

No que tange à mediação e à conciliação, entende-se que, apesar de também serem aplicáveis à espécie contratual em referência, ambas as figuras requerem a presença de uma terceira pessoa (assim como na arbitragem, a despeito de que, nesse último método, o terceiro será quem decidirá o conflito, ao passo que na mediação e na conciliação, não há essa postura decisória), o mediador e o conciliador, respectivamente. Em vista disso, opta-se por um método mais “simples” e “objetivo”, ferramenta ao acesso de qualquer administrador público: a negociação.

Como último argumento, justifica-se a escolha da negociação porque, ao falar em reequilíbrio econômico-financeiro, a construção de soluções alternativas - rápidas e eficientes, registre-se -, atreladas aos postulados da transparência e da motivação, é alcançada, sobremaneira, com a aplicação, sempre que possível for, da negociação entre as partes, conforme será adiante suscitado.

3.1. Por uma atuação administrativa criativa e cooperativa

Preliminarmente à análise do método da negociação, faz-se necessário, tendo em conta a ideia que subjaz a ferramenta consensual em destaque (negociação), falar, brevemente, sobre a necessidade de construção de um ambiente propício à introdução da consensualidade na prática administrativa do Estado brasileiro.

A busca pelo consenso, distanciando-se da imposição dos atos estatais, sempre que as circunstâncias assim possibilitarem, requer, inicialmente, uma mudança de mentalidade. Exige-se a modificação de uma cultura, tão marcante na burocracia estatal brasileira, avessa à flexibilidade e ao diálogo, e, no que tange à execução dos contratos administrativos, é extremamente inflexível à atividade criativa de resolução de conflitos.¹⁵¹

A doutrina aponta, e a experiência tende a confirmar, que a concepção de verticalidade reinante nos contratos administrativos, na lógica exclusiva do privilégio da Administração Pública, que não absorve a noção de cooperação e de solidariedade entre os pactuantes, resulta, infelizmente, na construção de uma relação em que as partes se comportam como verdadeiros inimigos. O administrador público, nesse prisma, está, no mais das vezes, sempre a desconfiar

¹⁵¹GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 355.

do contratado, e este, por sua vez, não coopera com a Administração. Os seja, contratante e contratado assumem a função de adversários, caminhando em verdadeiro antagonismo.¹⁵²

Sucedendo que essa postura é incompatível com o estágio atual da civilização, máxime quando se atenta para as premissas irrefutáveis do Estado Democrático de Direito, que requer meios cada vez mais próximos de diálogo entre o público e o privado, na configuração de uma lógica de cooperação e de consenso.

A absoluta rigidez que domina a prática administrativa, na leitura desatualizada do princípio da legalidade, sem o compatibilizar com a noção de juridicidade administrativa, e na desarticulada premissa de que o interesse público é sempre superior ao privado, independentemente das conjecturas fáticas, resulta nesse antagonismo que, em verdade, presta um desserviço à sociedade.

Por certo que o contratado quer a satisfação monetária do serviço por ele oferecido ao Estado. A Administração, de outra banda, intenta satisfazer uma necessidade que, em última análise, objetiva alcançar o interesse público, que, no caso dos contratos administrativos de natureza continuada, revela-se na premente necessidade de manter em funcionamento o órgão público, com a regular prestação dos serviços.

Todavia, a despeito desses interesses distintos, que não soam como incompatíveis, apenas revelam a lógica que sustenta qualquer negócio que envolve trocas monetárias, as partes devem se comportar como parceiros, na premissa civilizatória e moderna da boa-fé e da solidariedade.

No plano legal, conforme se verificou, a solução consensual dos conflitos é norte a ser perseguido pela Administração Pública. Contudo, repita-se, tem-se que alterar, urgentemente, a cultura de rigidez que impera na Administração. Nesse passo, lúcida é a explanação subscrita por Flávio Amaral Garcia:

Conferir flexibilidade ao gestor, para negociar de forma transparente e motivada boas soluções para resolver problemas que surgem no decorrer da relação contratual, é, com certeza, mais eficaz do que a absoluta rigidez que impera na prática administrativa e que presta um desserviço ao interesse público, sempre partindo da premissa da má-fé.¹⁵³

¹⁵²NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Administração Pública do medo – Ninguém quer criar, pensar noutras soluções – O novo pode dar errado e o erro é punido severamente*. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 287, p. 8-13, jan. 2018

¹⁵³GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 355.

Essa articulação, pois, exige um novo pensar por parte das diversas instâncias públicas, seja o do administrador público, que executara esses novos paradigmas, seja, sobretudo, dos órgãos de controle, que não poderão mais negligenciar a mudança pela qual vem passando o Estado brasileiro, em matéria de direito administrativo, e, nesse caminhar, o administrador público não deverá ser condenado, simplesmente, por buscar satisfazer o interesse público afastando-se da imposição das decisões, da unilateralidade, e agarrando-se na construção do consenso, da parceria.¹⁵⁴

A consensualidade, assim, pressupõe a inauguração de uma nova era. A era que exige a pulverização do medo, presente na burocracia brasileira, de almejar construir soluções alternativas para os problemas da Administração, de pensar diferente, de tentar construir algo novo.

É, definitivamente, a era em que o administrador público, agindo conforme os determinantes legais indeclináveis a que está submetido, na conformação irrefutável dos ditames constitucionais, no respeito aos direitos e às garantias fundamentais a que todo cidadão tem acesso, na publicidade e na motivação dos seus atos, não poderá ser, nessas circunstâncias, penalizado por tentar encontrar o melhor interesse público no caso concreto por ele analisado.¹⁵⁵

Em arremate, sem a introdução de uma mentalidade que deságue na postura de solidariedade, cooperação e boa-fé, não faz sentido tecer considerações sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, mormente o da negociação.¹⁵⁶

¹⁵⁴É o que ressaltam José Ricardo Caetano Costa e Mônica de Oliveira Casartelli, na seguinte passagem: “Há um poder-dever do Estado e da Advocacia Pública que lhe representa de abandonar uma tradicional atuação reativa para passar a desenvolver uma atuação mais proativa na linha da consensualidade nas relações entre sociedade e estado”. (COSTA, José Ricardo Caetano; CASARTELLI, Mônica de Oliveira. *As possibilidades da Administração autocompor: a necessária compatibilização entre os princípios do direito administrativo e a resolução autocompositiva dos conflitos em matéria previdenciária*. Juris Plenum Previdenciária, v. 6, n. 23, p. 169, ago. 2018.)

¹⁵⁵Em relação ao medo que impera na Administração Pública, no que diz respeito à criação de mecanismos alternativos, Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr, tecem a seguinte observação: “A consequência mais grave, que se percebe de plano, é a falta de inovação na Administração Pública. Ninguém quer criar, fazer diferente, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o erro, repita-se, é punido com severidade. Então, por autopreservação, é melhor repetir o velho, mesmo que se saiba que o velho já não funciona. A Administração Pública fica paralisada, quase em inação. (...) Especialmente em tempos de crise econômica, é necessário fazer mais com menos, fazer diferente. No entanto, dentro dos muros da Administração Pública, ninguém quer o novo, que soa como irresponsável”. (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Administração Pública do medo – Ninguém quer criar, pensar noutras soluções – O novo pode dar errado e o erro é punido severamente*. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 287, p. 8-13, jan. 2018.)

¹⁵⁶Porque, como observa Juarez Freitas: “Em última instância, ética e juridicamente, mostra-se precípua a solução consensual dos conflitos na esfera administrativa. O requisito-chave é a troca de pré-compreensões, com o desiderato firme de ultrapassar a mentalidade de beligerância contagiosa e consolidar uma sociedade pacífica, propensa a soluções honestas, respeitosas e amigáveis”.

Atento a isso, torna-se necessário fixar novas concepções a respeito da relação travada entre a Administração e o contratado, no declínio da premissa de que o contratado sempre age com má-fé e de que a cooperação não pode ser estabelecida durante a execução do contrato.¹⁵⁷ Até porque, como bem registrado por Arnoldo Wald, a flexibilidade não é incompatível com os contratos administrativos:

(...) Podemos, assim, *concluir que no contrato administrativo, muitas vezes as partes estão, pois, participando de um verdadeiro contrato associativo, que se caracteriza pela flexibilidade*, pela organização comum do trabalho e pela possibilidade de, frente a situações econômicas adversas ou imprevisíveis, admitir, necessariamente, *soluções negociadas ou renegociadas em relação aos problemas que surgem na execução do acordo inicialmente feito, especialmente tratando-se de contratos de longo prazo*.¹⁵⁸
(Grifos nossos)

Dito isso, necessário ressaltar as características da negociação, no sentido aqui proposto, e como esse método pode ser aplicado na análise dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada.

3.2. A negociação no procedimento de reequilíbrio econômico financeiro

A negociação é o método em que as partes, sem o auxílio de terceiros, estabelecem um acordo para determinada questão. A simplicidade da negociação repousa na ausência de maiores requisitos formais para a sua execução, necessitando apenas da vontade de ambas as partes de cooperarem para o deslinde da questão. Nesse sentido, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler pontua que:

(...) negociar, em síntese, significa estabelecer comunicações para o alinhamento de interesses e para a estruturação de acordos mais vantajosos a todas as partes; (...) e não há como entender indesejável ou contrária aos interesses públicos uma atuação que atenda a essas características.¹⁵⁹

(FREITAS, Juarez. *Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 276, p. 43, set./dez. 2017)

¹⁵⁷Flávio Amaral Garcia é lapidar, ao pontuar que: “A boa-fé e a solidariedade são valores ínsitos a qualquer relação contratual, não se devendo admitir ou mesmo incentivar comportamentos adversariais e antagônicos por parte dos contratantes”. (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 466.)

¹⁵⁸WALD, Arnold. *Novas tendências do direito administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza*. Revista dos Tribunais, vol. 721/1995, p. 7 – 10, nov./1995.

¹⁵⁹SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *A possibilidade de negociação em caso de descumprimento do contrato administrativo e a questão da indisponibilidade do interesse público*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 267, p. 461, mai. 2016.

Essa é a lógica da negociação: a cooperação mútua para a construção da melhor solução, que atenda, pois, a ambas as partes. A construção de soluções alternativas, conforme argumentando anteriormente, é algo que deve ser buscado pelo administrador público, observando, nada obstante, os determinantes legais a que está vinculado.¹⁶⁰

Nesse passo, registre-se que não há dispositivo legal que vede a negociação entre a Administração Pública e os particulares, no âmbito dos contratos administrativos¹⁶¹, o que deve ser perquirido é a conformidade da negociação com o devido processo administrativo¹⁶². Ou seja, o registro das tratativas em processo específico, de modo a gerar publicidade dos atos praticados e, ato contínuo, possibilitar o controle do que for estabelecido em acordo.

Concebe-se, também, que o administrador público, ao estabelecer a negociação com o particular contratado, não barganha com o interesse público, até porque, como já exposto, o interesse público será determinado caso a caso e, nessa atividade de construção, o administrador público a que se vincular ao direito (juridicidade administrativa), na configuração do interesse público preponderante no caso concreto.¹⁶³

Quando se aplica a negociação aos processos administrativos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de natureza continuada, essas observações tornam-se mais acentuadas, mormente quando se revela, no dia a dia da Administração Pública, um quadro de

¹⁶⁰Na precisão de Juarez Freitas: “(...)a solução negociada, nas relações de administração pública, merece ser vista como estratégia preferencial de pacificação, nas fronteiras do princípio da juridicidade, que impõe limites, não raro, intransponíveis”. (FREITAS, Juarez. *Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 276, p. 32, set./dez. 2017.)

¹⁶¹SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *A possibilidade de negociação em caso de descumprimento do contrato administrativo e a questão da indisponibilidade do interesse público*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 267, p. 458, mai. 2016.

¹⁶²Consoante é o apontamento de José Ricardo Caetano Costa e Mônica de Oliveira Casartelli: “A construção do consenso é possível desde que o acordo seja devidamente fundamentado, conduzido por quem possua legitimidade na forma da Lei e autorizado ou firmado por autoridade competente”. (COSTA, José Ricardo Caetano; CASARTELLI, Mônica de Oliveira. *As possibilidades da Administração autocompor: a necessária compatibilização entre os princípios do direito administrativo e a resolução autocompositiva dos conflitos em matéria previdenciária*. Juris Plenum Previdenciária, v. 6, n. 23, p. 161, ago. 2018.)

¹⁶³Para melhor compreensão dessa afirmativa, salutar reproduzir o pensamento de Mariana de Siqueira, no seguinte sentido: “(...) a juridicidade – onde residem as fronteiras da construção do interesse público diante do caso concreto – deve ocupar o espaço tradicional e exclusivamente destinado à ideia liberal de legalidade para a Administração. O fato de ser a expressão interesse público aberta e plurissignificativa reclama bastante atenção aos limites de seu preenchimento e de sua concretização diante das situações analisadas pela Administração, pois não é termo autoexplicativo e suficiente em si, e seu uso demanda ampla e clara motivação, especialmente de casos difíceis”. (SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse Público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 269)

crise fiscal, emergente em todo o Estado brasileiro, e que, na esfera federal, impõe restrições orçamentárias aos órgãos públicos.¹⁶⁴

Por isso é que, para melhor exemplificar a utilização da negociação nos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário contextualizar, brevemente, o cenário de restrição orçamentária pela qual vem passando a Administração Pública federal, a partir da EC nº 95/2016.

3.3. A Emenda Constitucional nº 95/2016

A Emenda Constitucional nº 95/2016, que acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT os arts. 106 a 114, criou o Novo Regime Fiscal da União, limitando o crescimento da despesa pública primária¹⁶⁵. Conforme observa Edilberto Carlos Pontes Lima, tenta-se, com o Novo Regime Fiscal, cumprir uma promessa não efetivada pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/200), qual seja: “o equilíbrio intertemporal das contas públicas”.¹⁶⁶

A Emenda estabelece que os gastos públicos federais serão congelados em termos reais por um período de vinte anos¹⁶⁷. O contingenciamento dos gastos da União é consequência da necessidade de reduzir a instabilidade gerada na economia brasileira pela deterioração das contas públicas. Assim é que o montante de crescimento da despesa pública primária fica condicionado a determinados percentuais.

Conforme determina o art. 107, do ADCT, ficam estabelecidos, para cada exercício financeiro, limites individualizados para as despesas primárias do Poder Executivo; do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da

¹⁶⁴Na observação, sempre atualizada, de Flávio Amaral Garcia: “(...) em momentos de crise econômica, os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos são muito comuns e se destacam como uma das situações mais corriqueiras de contencioso administrativo, seja pelo reiterado inadimplemento estatal, seja em razão da invocação da teoria da imprevisão, isto é, quando acontecimentos extraordinários acarretam uma onerosidade excessiva para uma das partes. (GARCIA, Flávio Amaral. *Direito contratual em tempos de crise*. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 275, p. 12, jan./2017.)

¹⁶⁵Despesas primárias referem-se aos gastos necessários para promover os serviços públicos à sociedade, desconsiderando o pagamento de empréstimos e financiamentos. São exemplos as despesas com pessoal, encargos sociais, transferências para outros entes públicos e investimentos.

¹⁶⁶LIMA, Edilberto Carlos Pontes. *Novo Regime Fiscal: implicações, dificuldades e o papel do TCU*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 183, maio/jun. 2017.

¹⁶⁷Ibidem, p. 183.

Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário; do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo; do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e da Defensoria Pública da União.

Ainda, institui o parágrafo primeiro, do artigo em destaque, que os limites individualizados equivalerão, para o exercício financeiro de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e, para os exercícios financeiros posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

Dessa maneira, tem-se que o percentual de correção da despesa primária, para o exercício de 2017, foi de 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento), nos termos do art. 107, §1º, I, do ADCT. Por sua vez, para os exercícios de 2018 e de 2019, o percentual de reajuste foi de 2,99% (dois inteiros e noventa e nove décimos por cento) e 4,39% (quatro inteiros e trinta e nove décimos por cento), respectivamente, conforme variação do IPCA, apurada no período de doze meses, encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária (art. 107, §1º, II).

Não isento de críticas, o Novo Regime Fiscal é parte do dia a dia do administrador público, de modo que é vinculante o cumprimento dos limites estabelecidos pela EC nº 95/2016.

Nesse cenário, o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é afetado pelos limites de crescimento da despesa pública primária. Diante disso, o TCU, órgão que deve observar, de forma individualizada, os limites de crescimento da despesa primária (art. 107, III, do ADCT), vem tratando, a partir do método da negociação, a adequação dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos seus contratos administrativos aos limites estipulados pela EC nº 95/2016.

3.4. O caso do Tribunal de Contas da União

Para possibilitar a adequada gestão contratual, em vista das limitações financeiras construídas pela EC nº 95/2016, o TCU vem estabelecendo, internamente, negociação com as empresas contratadas, quando da análise dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Nesse contexto, o Memorando-Circular nº 01/2017-Segedam/GS tratou dos procedimentos a serem observados na negociação para a adequação dos reajustamentos de preços contratuais referentes ao exercício financeiro de 2017 ao limite preconizado pela EC nº 95/2016, suas disposições foram reproduzidas nos memorandos elaborados para os anos de 2018 e 2019 (Memorando-Circular nº 01/2018-Segedam/GS e Memorando-Circular nº 01/2019-Segedam/GS, respectivamente), modificando-se apenas o percentual máximo de crescimento da despesa (conforme apuração do IPCA, a partir de junho do ano anterior ao exercício em que deva entrar em vigor).

A lógica é simples, se o percentual de reajustamento (reajuste em sentido estrito e/ou repactuação) superar o percentual de correção estabelecido para o exercício financeiro (7,20%, para 2017; 2,99%, para 2018; e 4,39%, para 2019), deverá ocorrer negociação com o contratado, visando a adequação do percentual de reajustamento ao limite constitucional em referência.

Dentro desse quadro, os ajustes que porventura forem executados, no sentido de compatibilizar o reajustamento com o limite de crescimento da despesa pública primária, deverão recair sobre os itens gerenciáveis e dos quais o contratado possa livremente dispor, a exemplo de Lucro e das Despesas Administrativas, e, portanto, refletir possibilidades reais de racionalização e/ou otimização de despesas contratuais. De igual modo, não deverão ser aceitos ajustes em itens que representem despesas obrigatórias, definidas em lei ou norma coletiva do trabalho.

Os citados memorandos dispõem, ainda, que, se resultar infrutífera a negociação, a unidade gestora do contrato deverá adotar medidas para promover redução quantitativa do contrato, no mínimo suficiente para manter o crescimento da despesa dentro do limite preconizado. Caso a redução necessária exceda o limite legal permitido para supressão contratual (25%, para obras, serviços ou compras, ou 50%, para reforma de edifício ou de equipamento, conforme dispõe o art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993), considerando todas as supressões ocorridas ao longo da vigência do contrato, deverá se buscar a anuência do contratado. Nessa oportunidade, se inviável a supressão por ausência de acordo entre as partes, a unidade gestora do contrato deverá, se for o caso, dar início aos procedimentos para efetuar nova contratação.

Percebe-se que a lógica utilizada pelo TCU, no ponto em destaque, em muito se compatibiliza com a ideia de consensualidade no direito administrativo. Isso porque ao invés de impor unilateralmente o cumprimento do limite estabelecido pela EC nº 95/2016, impossibilitando qualquer diálogo com o contratado, o Tribunal persegue, inicialmente,

medidas que possibilitem a diminuição racional dos custos contratuais advindos do pretendido reajustamento.

Consoante explicitado no Capítulo II, tem-se que o reajustamento é gênero que comporta dois instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro, o reajuste em sentido estrito e a repactuação, este último incidindo sobre os custos relacionados com a mão de obra contratual.

O reajuste é a simples aplicação de um índice financeiro previamente fixado em contrato, índice específico, como regra. A repactuação requer a demonstração analítica da variação dos custos com mão de obra, proporcionada, geralmente, por CCT ou ACT.

A questão que se constrói é: se o índice de reajuste em sentido estrito e/ou o percentual de repactuação obtido após a análise da variação dos custos com a mão de obra, for superior ao limite de crescimento da despesa pública primária para o respectivo exercício financeiro, as partes contratuais negociarão o percentual final a ser concedido, de maneira a manter equilibrada a equação econômico-financeira.

Veja-se que, nessa situação, o administrador público, ao negociar com o contrato, não estará, frise-se novamente, barganhando o interesse público, tampouco agindo ilegalmente.¹⁶⁸ A negociação objetiva, verdadeiramente, construir o interesse público preponderante no caso, de modo que o desfecho poderá ser: I) a concessão do reajustamento no patamar a que o contratado teria direito de receber sem a incidência da EC nº 95/2016; II) a concessão do reajustamento no mesmo percentual da EC nº 95/2016, para o exercício em análise; III) a concessão do reajustamento no percentual entre o limite imposto pela EC nº 95/2016 e o percentual a que o contratado teria direito a receber sem a incidência da Emenda; IV) a diminuição quantitativa do objeto contratado, dentro dos limites estabelecidos pelo art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993; e, V) em não sendo viável quaisquer das medidas acima elencadas, a rescisão contratual.

Ocorre que as conclusões acima arroladas só podem ser construídas caso a caso. Nos contratos de natureza continuada, é necessário verificar, dada a imprescindibilidade e a perenidade do serviço, até que ponto o mesmo pode ser suprimido. Deve-se atentar, quando da

¹⁶⁸Isso porque, conforme lembra Irene Patrícia Nohara, o interesse deve prevalecer, quando do emprego de métodos consensuais pelo Poder Público: “O sentido democrático do exercício da função administrativa não pode ser degenerado. Portanto, consenso em seu sentido publicístico não se equipara ao privatístico, pois este só considera os interesses particulares daqueles que celebraram os ajustes ou negócios jurídicos, mas se é o Poder Público que atua, ele deve desenvolver suas atribuições com vistas à satisfação do bem-estar geral ou comum”. (NOHARA, Irene Patrícia. *Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 78. p. 29-51, mar./abr. 2013.)

repactuação, por exemplo, se o custo apontado pelo contratado é suportado pelas demais empresas do ramo, de modo que, em uma possível rescisão contratual, a Administração, invariavelmente, incorreria na mesma despesa. Essa postura, de negociação e ponderação, é registrada, de modo feliz, pela AGU, em seus modelos de Termos de Referência, utilizados como parâmetro pelos demais órgãos públicos do Poder Executivo federal:

(...) Desta forma, seria viável assentar que a aplicação do índice *indicaria o valor máximo a que a Administração poderia chegar em uma negociação de preços, para a partir daí se buscar estabelecer os novos patamares contratuais. E isso também vale para a repactuação: o percentual obtido após análise do impacto da nova CCT poderia ser encarado como o máximo que a Administração poderá chegar em uma negociação de preços, para definir o novo patamar contratual. É dizer, a simplificação do mecanismo para chegar ao quanto devido pode abrir caminho para um procedimento de barganha mais enfático, e isso pode ser mais exitoso do que a aplicação automática de um percentual obtido após uma desgastante instrução probatória (para olhar a questão sob o ponto de vista operacional/administrativo, já que do ponto de vista jurídico há orientação consolidada e previsão legal expressa nesse sentido)*.¹⁶⁹
(Grifos nossos)

Assim sendo, são muitas as nuances que envolvem cada negociação. O desfecho, contudo, deverá ser documentado e motivado, de acordo com a atribuição de sentido dado ao interesse público preponderante no caso.¹⁷⁰⁻¹⁷¹

Sustenta-se também que a negociação é viável, dentro desse contexto, mesmo nos casos em que o contrato administrativo já determina, em cláusula específica, que o limite máximo de reajustamento será o percentual de crescimento da despesa pública primária para o exercício financeiro em análise, nos termos da EC nº 95/2016. Isso porque há custos que o contratado não poderá suportar sem a adequada contraprestação do parceiro público, tendo em vista que a despesa por ele incorrida é imposta a todos os empresários de determinado ramo de mercado (exemplo de despesa criado por CCT, e que deve ser cumprida)¹⁷². Mesmo nesses

¹⁶⁹Advocacia Geral da União. *Modelo de Termo de Referência*. Disponível em: < <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38375171> >. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹⁷⁰Entendimento, também, de Juarez Freitas: "(...) a negociação prova, no âmbito do direito administrativo não adversarial, demanda processualização mínima e motivação suficiente". (FREITAS, Juarez. *Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 276, p. 38, set./dez. 2017)

¹⁷¹No mesmo caminhar, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler: "(...) a regra básica que confere licitude ao instituto [da negociação] é a fidelidade ao processo administrativo, de modo que todas as comunicações sejam devidamente registradas e formalizadas. O conteúdo das soluções aventadas, contudo, precisa ser analisado caso a caso". (Referências nossas) (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *A possibilidade de negociação em caso de descumprimento do contrato administrativo e a questão da indisponibilidade do interesse público*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 267, p. 462, mai. 2016.)

¹⁷²Aqui, todavia, há que se analisar se a despesa já existia à época da licitação e não foi incluída na proposta de preços. De igual modo, necessário verificar se essa despesa obriga apenas o contratante

casos, o administrador público a que ponderar quanto a melhor satisfação do interesse público para o caso, de modo a prevalecer a matriz de cooperação e de solidariedade entre as partes, sem negligenciar, obviamente, a boa-fé.

No que diz respeito à revisão de preços, espécie de reequilíbrio econômico-financeiro, como é cediço, tem-se que, mesmo sem a incidência dos efeitos da EC nº 95/2016, a negociação é necessária. As cláusulas econômico-financeiras não podem ser alteradas unilateralmente pela Administração, é necessária prévia concordância do contratado (art. 58, § 1º, da Lei nº 8.666/1993). Como a revisão atravessa não apenas o preço contratual, mas outros aspectos da relação (objeto e prazos, por exemplo), ela não fica restrita, em tese, aos limites da EC nº 95/2016.

Além disso, nos processos de revisão, é oportuno não se afastar da determinação constitucional que impõe a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da CF), perfazendo, segundo entende a doutrina majoritária e a jurisprudência do TCU, direito subjetivo do contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro, cumpridos os requisitos legais (art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993).

Assim, o que deve ser objeto de acurada análise pelo administrador público, nos casos de revisão, é a comprovação dos custos incorridos pelo contratado, em consequência da imprevisibilidade do fato ou, ainda que previsível, sua extensão seja incalculável. De igual modo, em se tratando de fato do príncipe ou fato da administração, é dever do Estado recompor o prejuízo sofrido pelo parceiro privado, se for o caso de aumento dos custos.

Quanto à atualização monetária, espécie de reequilíbrio, concebesse que é possível haver negociação entre as partes objetivando tecer condições para a sua incidência no caso concreto. Mas, assim como ocorre na revisão, exige-se a análise casuística dos elementos preponderantes.

Registre-se, já quase finalizando, que as situações de negociação analisadas referem-se à órbita da União, tendo em vista a incidência da EC nº 95/2016, e, de maneira mais restrita, ao TCU. Contudo, suas premissas são aplicáveis em qualquer contexto de reequilíbrio econômico-financeiro.

Desse modo, em se tratando de reajustamento de preços (reajuste em sentido estrito e/ou repactuação), a negociação é método salutar, mostrando-se como ferramenta a ser utilizado pelo administrador público. Devendo-se observar, repita-se, as limitações matérias impostas

público, posto que, se esse for o caso, não será viável sua concessão, tendo em vista o que determina o art. 6º, parágrafo único, da IN nº 5/2017, bem como a jurisprudência do TCU.

pelo ordenamento jurídico e a publicidade da negociação, que deve estar registrada em processo administrativo, possibilitando o controle dos atos efetivados.¹⁷³

Ressalte-se, nesse lastro, que, ao motivar a decisão, o administrador público, na construção do interesse público preponderando no processo de análise do reequilíbrio econômico-financeiro, deverá indicar a necessidade e a adequação da medida por ele adotada, haja vista o comando do art. 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), incluído pela Lei nº 13.655/2018:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, *não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.* (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. *A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.*
(Grifos nossos)

Em consequência disso, a negociação a ser conduzida, registrada em processo administrativo próprio, deve ter seu desfecho motivado de acordo com o que preconiza o art. 20, parágrafo único, da LINDB, afastando-se de justificar os atos praticados em elementos abstratos, sem a sua necessária concretização, a exemplo do que se observa com a expressão interesse público.¹⁷⁴

Isto posto, a consensualidade se destaca, dentro das circunstâncias aqui delimitadas, na ideia de que Administração e contratado, em mútuo acordo (negociação), estabelecerão a melhor solução para o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro. Fugindo, pois, da tradicional imposição de decisão, sem cooperação para a prática dos atos, situação que acaba por gerar, em muitos casos, a judicialização do pleito de reequilíbrio.

Por certo que a prática da consensualidade é incipiente na prática administrativa do Estado brasileiro, apesar de, no plano normativo, ser uma forte realidade. Por isso é imprescindível a disseminação de uma cultura de criatividade, no seio da Administração Pública. Administrar é, em última análise, uma atividade criativa, por mais que na esfera pública essa atividade esteja limitada juridicamente, a criatividade persiste, e, como tal, não

¹⁷³SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *A possibilidade de negociação em caso de descumprimento do contrato administrativo e a questão da indisponibilidade do interesse público*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 267, p. 460, mai. 2016.

¹⁷⁴Mais uma vez, Mariana de Siqueira, bem sintetiza a questão: “Por motivação da Administração deve se entender a argumentação fática e jurídica arguida diante de determinado caso, o raciocínio lógico demonstrativo da decisão tomada. Em se tratando de expressões abertas, quanto maior, melhor e mais clara for a motivação dos atos administrativos nela pautados, mais democrática será a Administração”. (SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse Público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 245.)

deve ser banida. Ao revés, é necessário que ocorra uma expansão dos métodos consensuais de ação administrativa, respeitando-se os limites jurídicos da atuação estatal, de maneira a se obter o melhor interesse público, tudo isso pautado na transparência, circunscrito aos determinantes indeclináveis do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Objetivou-se falar sobre a consensualidade no direito administrativo tendo como escopo a noção de Estado Democrático de Direito, circunstância que impõe novas perspectivas para a relação estabelecida entre o Estado e os administrados, principalmente na imposição dos comandos constitucionais que garantem a vinculação aos direitos e às garantias fundamentais.

Discutiu-se, a partir desse quadro, a releitura de conceitos tradicionais do direito administrativo, a saber: o princípio da legalidade, na introdução da noção de juridicidade administrativa, vinculando a atuação do administrar público ao direito, não apenas à lei em sentido formal (ou determinação expressa contida em lei formal); e o conceito de interesse público, na vertente da supremacia frente aos interesses privados e na sua indisponibilidade.

Registrou-se que, contemporaneamente, o interesse público é construído caso a caso, de modo argumentativo, pelo administrador público. No entanto, a defesa dos interesses públicos, nessa lógica, persiste de maneira indeclinável.

Nada obstante, a noção de que, abstratamente, o interesse público sempre prevalece sobre os interesses privados, sem levar em conta quaisquer circunstâncias, de modo a legitimar todo tipo de arbitrariedades, é fortemente combatida, por parcela da doutrina.

Desse modo, considerando a atuação da Administração Pública vinculada aos postulados do Estado Democrático de Direito, que proporcionam a noção de juridicidade administrativa e a concepção de que o interesse público surge a partir do caso concreto, tem-se que a consensualidade no direito administrativo é medida que reflete essas mudanças de paradigmas e, nesse caminhar, manifesta-se como ferramenta ao alcance do administrador público apta a proporcionar a construção do interesse público preponderante no caso concreto por ele analisado.

Assim, falar em consensualidade no direito administrativo denota duas concepções (segundo a doutrina especializada): o sentido amplo (*lato sensu*), que salienta as parcerias da Administração com a iniciativa privada; e o sentido restrito (*stricto sensu*), a concertação administrativa, representada pelos meios alternativos de resolução de conflitos aplicáveis à Administração Pública. Bem assim, optou-se por falar no sentido restrito do termo, circunscrito, contudo, ao método da negociação.

Ao analisar a aplicabilidade da negociação aos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada, exemplificou-se a partir do caso do TCU, órgão que vem travando, internamente, negociações no âmbito dos seus contratos

administrativo de natureza continuada, com o objetivo de adequar os pleitos de reequilíbrio aos limites da EC nº 95/2016.

Nesse passo, afirmou-se que a literatura especializada tem apontado para a existência, na estrutura da Administração Pública brasileira, de uma cultura avessa ao surgimento da cooperação e do consenso, apesar dos fartos normativos que estabelecem meios alternativos de resolução de conflitos, a serviço do Estado.

A despeito disso, este trabalho mostrou que, no âmbito dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada, a consensualidade é aplicável. Afirmativa corroborada a partir do exemplo extraído da gestão contratual do TCU. O exemplo da negociação indicou que a construção de medidas consensuais é tarefa que melhor atende aos interesses públicos.

Assim sendo, a compatibilização entre interesses públicos e interesses privados, a partir da lógica da consensualidade, aplicável aos processos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de natureza continuada, indica que o administrador público tem que, caso a caso, construir o interesse público preponderante, com esteio na adequada motivação da decisão tomada. Motivação esta que não se manifesta apenas como um requisito de formalidade do ato administrativo, mas, e verdadeiramente, como uma medida de justiça, de conformação da ação estatal aos postulados constitucionais irrevogáveis do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tiago Bockie de. *A administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de uma sanção administrativa disciplinar: a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. Revista de Direito Administrativo, n. 236, abr./jun. 2004.
- ARAUJO, Ana Luiza Gomes de; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo; PIMENTA, Evaristo Caixeta. *Da reforma administrativa empreendida por Paulo Neves de Carvalho no Município de Belo Horizonte na década de 1950: primeiras notas sobre o direito administrativo vivo*. Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC. Belo Horizonte, Fórum, n. 4, 2014.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade?* Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, set. 2018.
- BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRANDÃO, Mariana da Costa Turra. *O instituto do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos sob o prisma da administração*. Revista Zênite. ILC: Informativo de Licitações e contratos, v. 18, n. 205, p. 215-217, mar. 2011.
- CAMPOS, Miguel Ramos. *Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional. Correntes Doutrinárias. Controvérsia*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 2, 2011.
- CARAÇATO, Gilson; SANTOS, André Luiz Lopes dos. *A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública*. In: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1347-1378.
- CARDOSO, David Pereira. *Os acordos substitutivos no Direito Administrativo. Negócio jurídico privado, contrato de direito público ou ato administrativo bilateral?*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 59-77, jan./mar. 2015.
- COSTA, José Ricardo Caetano; CASARTELLI, Mônica de Oliveira. *As possibilidades da Administração autocompor: a necessária compatibilização entre os princípios do direito administrativo e a resolução autocompositiva dos conflitos em matéria previdenciária*. Juris Plenum Previdenciária, v. 6, n. 23, ago. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEPINÉ, Flávia Della Coletta; ALVES FILHO, José Fabiano de Almeida; FONTES, Telma de Freitas. *Cláusulas exorbitantes e os convênios: alteração do objeto, reajuste e reequilíbrio econômico-financeiro*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 84, p. 25-50, jul./dez, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Dirce Nazare Andrade; KROHLING, Aloisio. *O princípio da supremacia do interesse público no Estado Democrático de Direito e sua roupagem neoconstitucionalista*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba-PR, v. 14, n. 14, jul./dez. 2013.

FERRO, Murilo Ruiz; CARVALHO, André Castro. *Administração contratual, nova contratualidade administrativa e contratos de parcerias: breves considerações acerca de alguns conceitos que integram uma nova terminologia trazida pela doutrina administrativista contemporânea*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 21-39, abr./jun. 2018.

FISCHGOLD, Bruno. *Direito Administrativo e Democracia: a interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011.

FREITAS, Juarez. *Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 276, set./dez. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Revista Síntese de direito administrativo, v. 12, n. 141, set. 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. *Direito contratual em tempos de crise*. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 275, jan./2017.

_____. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GAROFANO, Rafael Roque. *A consensualidade nos contratos administrativos: do regime estatutário para a parceria contratual*. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A participação popular e a consensualidade na Administração Pública*. Boletim de direito administrativo: BDA, v. 18, n. 2, p. 89-87, fev. 2002.

JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 01, jan./mar. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KRAMER, Evane Beiguelman. *Reequilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo: “a boa teoria, aliada ao respeito pelos dados”*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 35-43, jul./dez. 2016.

LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos: de seu reequilíbrio econômico-financeiro à luz das decisões do TCU e da AGU*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. *Novo Regime Fiscal: implicações, dificuldades e o papel do TCU*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun. 2017.

LOPES, Geraldo Evangelista. *As cláusulas pacta sunt servanda e rebus sic stantibus e suas consequências jurídicas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 167, dez. 2017, Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19969&revista_caderno=7>. Acessado em 05 de maio de 2019.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. *A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa*. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, ano 16, n. 31, jan./jun. 2014.

MATIAS-PEREIRA, José. *Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. *A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do resultado*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 77, jun. 2010, Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado: a nova administração pública e o direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Administração Pública na era da consensualidade: a visão e a prática dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Independently Published, 2018.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Administração Pública do medo – Ninguém quer criar, pensar noutras soluções – O novo pode dar errado e o erro é punido severamente*. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 287, p. 8-13, jan. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. *Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 78. p. 29-51, mar./abr. 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Revista de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, v. 104, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010.

PASSOS, J.J. Calmon de Passos. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos Administrativos: Manual para Gestores e Fiscais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

PEREIRA, Thiago Sales. *O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos na esfera federal*. In: Aspectos do direito ferroviário: uma visão através do contencioso. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 535-558.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Cultura do Diálogo e Mediação na Administração Pública: a Consensualidade e o Empoderamento na Condução do Processo Administrativo e Disciplinar (PAD)*. Revista Síntese: Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, n. 135, p. 352-381, mar./2017.

REQUI, Erica Miranda dos Santos. *Serviços contínuos: caracterização*. Zênite. Disponível em < <https://www.zenite.blog.br/servicos-contínuos-caracterizacao/>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARAÇATO, Gilson. *A consensualidade e os canais de democratização da administração pública*. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. *Prestação de serviços de natureza continuada, sob a ótica da legislação, da doutrina e da jurisprudência do TCU*. BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 24, n. 8, p. 785-790, ago./2014.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *A possibilidade de negociação em caso de descumprimento do contrato administrativo e a questão da indisponibilidade do interesse público*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 267, mai. 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A formação das decisões da Administração Pública nos contratos administrativos*. Revista de Contratos Públicos - RCP, Belo Horizonte - MG, ano 7, n. 14, set. 2018/fev. 2019.

SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Faculdade de Direito, 2009.

SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse Público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Arthur Moura de. *Panorama do Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 79-107, nov./dez. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo. Verbete do dicionário de ciências sociais*. Revista de Direito Administrativo, ano 140, n. 35, abr./jun. 1980.

VALLE, Vivian Lima López. *Arbitragem administrativa e consensualidade: análise pontual do novo paradigma da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 209-245, set./dez. 2018.

VIANA, Ana Cristina Aguiar. *Contrato Administrativo no Brasil: do autoritarismo à consensualidade*. Juris Plenum: direito administrativo, v. 4, n. 13, mar. 2017.

WALD, Arnold. *Novas tendências do direito administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza*. Revista dos Tribunais, vol. 721/1995, p. 7 – 10, nov./1995.

ZANOBINI, Guido. *L' Attività Amministrativa e la Legge*. In: Scritti Vari di Diritto Pubblico, Milano: Giuffrè, 1955.

ANEXO

Memorando-Circular nº 01/2017 – SEGEDAM/GS - TCU



Memorando-Circular nº 01/2017 – Segedam/GS

Brasília-DF, 6 de fevereiro de 2017.

Às Senhora e aos Senhores Dirigentes, titulares e substitutos, de unidades e subunidades gestoras de contratos.

Assunto: Limite para reajustamentos de preços contratuais. Procedimentos.

1. Considerando a instituição, por meio da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, do Novo Regime Fiscal, que definiu, na redação dada ao art. 107, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, limite individualizado para as despesas primárias deste Tribunal de Contas da União; e,

2. Considerando que o referido limite equivale, para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento), e, para os exercícios seguintes, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, no período de doze meses encerrado em junho do exercício em que for elaborada a proposta orçamentária, deverão ser aplicados, doravante, às negociações de reajustamentos de preços contratuais, os seguintes procedimentos:

2.1. Nos contratos da Sede e das Secretarias de Controle Externo nos Estados abrangidas pela centralização de atividades administrativas, após a regular instrução do pedido de reajustamento – *reajuste e/ou repactuação* –, de alçada da Diretoria de Gestão Contratual – Dicad/Selip, *se o percentual de reajustamento superar o percentual de correção estabelecido na forma do item anterior, o processo será encaminhado à unidade gestora do contrato, que deverá promover negociação com a empresa contratada, visando a adequação do percentual de reajustamento.*

2.1.1. Nos contratos das demais Secretarias de Controle Externo e do Instituto Serzedello Corrêa – ISC, após a regular instrução do pedido de reajustamento, de alçada da própria unidade, *se o percentual de reajustamento superar o percentual de correção estabelecido na forma do item anterior, deverá o gestor promover negociação com a empresa contratada, visando a adequação do percentual de reajustamento.*

2.2. Para os reajustamentos com efeitos financeiros a iniciar no presente exercício, o percentual máximo aceitável é de 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento), considerado o impacto no valor total do contrato. Para aqueles a serem processados em exercícios futuros, valerá o limite referenciado no IPCA, nos termos supramencionados. Cabe ressaltar que a limitação incidirá a partir de 01/01/2017, não afetando os reajustamentos em seus efeitos retroativos ao exercício de 2016 (até 31/12/2016).

2.2.1. Nas repactuações, caberá à contratada indicar os itens da planilha de composição de custos e formação de preços que sofrerão ajuste – redução –, e em que montante, de modo que o percentual final de reajustamento reste observado.

2.2.2. Os ajustes deverão recair sobre itens gerenciáveis e itens dos quais a contratada possa livremente dispor, a exemplo de Lucro e Despesas Administrativas, e refletir possibilidades reais de racionalização e/ou otimização de despesas contratuais.

223. Não deverão ser aceitos ajustes em itens que representem despesas obrigatórias, definidas em lei ou norma coletiva do trabalho.

23. *Se infrutífera a negociação, a unidade gestora do contrato deverá adotar medidas para promover redução quantitativa no contrato, no mínimo suficiente para manter o crescimento da despesa dentro do limite.*

24. Caso a redução necessária exceda o limite legal permitido para supressão contratual – de 25%, para obras, serviços ou compras, ou 50%, para reforma de edifício ou de equipamento, conforme dispõe o art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93, considerando todas as supressões ocorridas ao longo da vigência do contrato –, deverá se buscar a ausência da contratada. Nessa hipótese, *se inviável a supressão por ausência de acordo entre as partes, a unidade gestora do contrato deverá dar início aos procedimentos para efetuar nova licitação.*

25. Recomendo, para a celeridade e eficiência processual, que a unidade gestora estabeleça prazos para as manifestações requeridas da contratada, bem como realize reuniões quando necessário.

3. Observados esses procedimentos, a unidade gestora do contrato restituirá o processo à Dicad/Selip – se não for, a própria unidade gestora, a responsável pela instrução –, indicado o resultado obtido, para que seja concluído o feito e/ou sejam adotadas as demais providências necessárias. Havendo a necessidade de promover redução quantitativa, ou estabelecer vigência condicional à conclusão de nova licitação, tais alterações deverão ser, preferencialmente, formalizadas em conjunto com o reajustamento, por meio de termo aditivo.

4. Recomendo, por fim, que seja dado conhecimento antecipado dessa nova conjuntura às contratadas, com o fito de que, conforme possível, os pedidos de reajustamento sejam apresentados já em conformidade com as restrições ora expostas, e assim possam ter um processamento mais célere.

5. Ressalto que se faz fundamental absoluto rigor no controle do crescimento das despesas desde este primeiro momento, pois o cenário se nos apresenta como de longo prazo. Ademais, a contínua busca por incremento na eficiência será essencial, e para tal propósito, não poderemos prescindir da compreensão e participação daqueles que contratam com a Administração Pública.

6. Esclarecimentos adicionais poderão ser obtidos junto à Diretoria de Gestão Contratual - Dicad, com [REDACTED] ou [REDACTED], preferencialmente por Skype, ou, alternativamente, pelos telefones [REDACTED].

Atenciosamente,

CARLOS ROBERTO CAIXETA
 Secretário-Geral de Administração